

PHILIPPI MASSINII
AB INNOCENTIIS I. C.
ET EQVITIS PERVSINI,

IN TICINENSI GYMNASIO IVRIS CIVILIS
Interpretis Primarij

Ad Principium l. Gallus. ff. de liber. & posthum. Commentarij.

AD ILLVSTRISSIMVM
IACOBVM MAYNOLDVM
Excellentiss. Mediol. Senatus Præsidem,

POTENTISSIMI
PHILIPPI III.
Hispan. Regis à Secretis Consiliarium.

Accessit eiusdem legis vniuersæ breuis, & dilucida explanatio.

AD PERILLVSTREM VIRVM
LVDOVICVM MADIVM
Reg Mediol. Senatorem integerrimum.





TICINI M. D. CVIII.

APVD ANDREAM VIANVM.



ILLVSTRISSIMO IACOBO MAYNOLDO.

Excellentiss. Mediolanen. Sen. Præsidi, POTENTISSIMI PHILIPPI III. Hispan. Regis à Secretis Consiliario.

PHILIPPVS MASSINIVS I. C.

Fœlicitatem precatur.





NOMINI tuo amplissimo ad Gallum Commentarios non ideo dicamus, vt illos ab alicuius impugnationibus defendas, nec enim ipse otio abundas, nec quemquam putamus tenuitatem nostram tanti æstimaturum, vt ex nostrarum lucubrationum repræhensione velit sibi gloriam comparare. Præterea quæ benè scripsimus Clypeo veritatis satis aduersus calumniantium tela erunt tuta, quæ verò perperam exciderunt, ea irrita indictaq; esse volumus. Est igitur in præsentia id nobis propositum Præses Illustrissime, vt incredibilem nostram erga te obseruantiam, & gratum animum testemur, scriptioq; hæc nostra ex se obscura, & parum compta, & ornata nominis tui splendore illustretur. Diu vale decimo Cal. Maij M. D. C V I I.



PAVLVS BELLONVS
Legum Publicus Interpres
LECTORI.



EAM de Massinio, interpretum coryphæo sententiam non amicitię, aut gratiæ specie fucatam, sed veritate expressam non vno in loco sum testatus, Lector candide. Nunc verò quod attinet ad præsentes lucubrationes sic habeto: mentem legis Velleæ, Galli, Scęuolæ neminem hoc interprete melius vmquam fuisse expiscatum. Immo vero hæc veluti Sphingis ęnigmata nemo dilucidius nouo hoc Oedipo enodauit, dissoluit. Quamobrem non tam mihi videtur Massinius veterum Iurisconsultorum responsis afferre splendorem interpretationibus suis, quod tamen sedulo contendit, optimeq; assequitur, quam eorundem laudibus detrahere, quorum veluti luminibus obstruit, dum præstabiliora nobis edit. Lucem igitur scriptis, tenebras nominibus eorum offundit. Cęterum ex horum altero manantem vtilitatem tibi, proficiscentem ex vtroq; gloriam illi gratulamur. Diu vale.



APPROBATIO.

D. PHILIPPI MASSINII, Ab Innocentijs, Equitis Aurati, Celeberrimi I. C. Perusini, in Ticinensi Gymnasio Iuris Ciuilis Interpretis Primarij Copiosa ad Principium Legis Gallus Commentaria, & totius eiusdem obscurissimæ legis dilucidissima explanatio, nihil continet quod regulis Indicis aduersetur.

D. Matthias Guarguantus, Congregationis Clericorum Regularium S. PAVLI DECOLATI.

Attenta præfata probatione.

Imprimatur

F. Desiderius Scalia Sac. Theolog. Mag. & Inquisitor Generalis Papiæ.

PHILIPPI MASSINII AB INNOCENTIIS I. C. ET EQVITIS PERVSINI,

In Ticinensi Gimnasio Iuris Ciuilis interpretis primarij ad l. Gallus. in principio .ff. de liberis, & posthumis.

COMMENTARII,

Summæ rerum, & verborum.

1 DIFFICILIA *pulchra.*
2 *Lex Gallus re, & fama omnium difficilima.*
3 *Legis Gallus interpretatio, & speculatio pulchra.*
4 *Difficultas deterret, & in diffidentiam adducit.*
5 *Diffidentia detestabilis.*
6 *Pulchritudo legis Gallus cũ bonitate conuertit.*
7 *Pulchritudo allicit, & in spem adducit.*
8 *Methodus obseruanda proponitur.*
9 *Posthumus est vox æquiuoca.*
10 *Posthumus quibus modis vsurpetur.*
11 *Posthumorum quidam nati post mortem, quidam post conditum testamentum.*
12 *Posthumus natus post mortem, aut verè natus, aut fictè.*
13 *Posthumus verè natus, aut post veram, aut post fictam parentis mortem.*
14 *Posthumus Cornelianus qui nascitur post captiuitate patris.*
15 *Posthumus fictè natus post verã parentis mortẽ est qui ex secto matris vtero extrahitur.*
16 *Nasci non verè dicitur, quod ex ceso defuncta matris vtero extrahitur.*
17 *Posthumus natus post conditum testamentum, aut verè natus, aut fictè.*
18 *Posthumus fictè natus post conditum testamentum, aut fictè natus facto testatoris, aut sine illius facto.*
19 *Posthumus fictè natus post conditum testamentum facto testatoris, aut persona ficta; aut vera, & realis.*
20 *Posthumus, ficta persona, est monasterium, quod testator ingreditur.*
21 *Posthumus, persona vera, fictè nata, qui.*
22 *Posthumi fictè nati post conditum testamentum sine facto testatoris. qui.*
23 *Posthumorum communis diuisio, est potius enumeratio casuum, quibus testamenta rumpuntur præteritione, successione, vel agnatione alicuius, qui institucus vel exhæredatus non sit.*
24 *Posthumi non impropriè sunt, qui verè post mortem, vel post conditum testamentum nascuntur, cęteri posthumorum loco sunt.*
25 *Posthumi nomen, non benè in eos cadit, qui sunt in humanis.*
26 *Posthumus vnde dictus.*
27 *Proculus, quasi patre procul à patria natus.*
28 *Posthumus an dictus sit à post, & humo, vel à post, dictione producta gratia melioris soni cantùm, & sic an sit vox simplex, vel composita.*
29 *Proprietas vocabuli, ab etymologia potissimũ pendet.*
30 *Posthumus sic se habet ad post, & humus, vt postliminium ad post, & liminium.*
31 *Postliminium est vox simplex, dicta à dictione post, cui addita particula liminium nihil significans, gratia melioris soni secundum Seruium I.C. contra nu. 41.*
32 *Antimus, æstimus, finitimus, legitimus, æditimus sunt voces simplices.*
33 *Posthumus, secundùm Cuiacium, scribi debet sine aspiratione, vt scriptum reperitur in Pandectis Florentinis.*
34 *Posthumus vox, nihil in se habet, ob quod potius debeat referri ad humationem patris, quàm alterius.*
35 *Posthumus, si quasi natus post humationem patris diceretur, non appellarentur posthumi*

nati viuente patre, poſt conditum teſtamentum.

36 *Poſthumus, ſi quaſi natus poſt humatum patrem dicaretur, nec poſthumi nepotes, nec poſthumi respectu matris dicerentur.*

37 *Poſthumi appellantur etiam poſteriores, & poſthumare ſignificat ſimpliciter aliquid poſterius fieri.*

38 *Poſthumus communiter ſcribitur cum aſpiratione 41.*

39 *Poſthumus natus poſt conditum teſtamentũ, non eſt propriè poſthumus.*

40 *Etymologia illa & notatio eſt probanda, quæ melius omnes vocabuli partes explicet.*

41 *Pandectarum Florentinarum ſcriptor, fuit ignarus omnis orthographiæ, & rationis rectè latinè ſcribendi.*

Pandectæ Florentinæ ſunt confuſe ſcriptæ, ſine punctis, & comis.

Aſpirationis vſus nullus, aut modicus fuit apud aliquos.

Poſthumos, vox greca non eſt, ſed latina, licenter à Theophilo cum græca terminatione vſurpata.

Lex ſi hæres vnus ff famil. ercis. declaratur.

42 *Poſthumus qui naſcitur poſt conditum teſtamentum, non propriè ſed metaphoricè eſt poſthumus.*

Equitare dicitur per metaphoram ductam à neceſſitate, etiam qui inſidet aſino.

43 *Poſthumus refertur ad patrem, gratia exempli frequentioris, non quia non poſſit etiam ad auum, & ad alios referri.*

44 *Species recipit generis appellationem.*

Poſthumi omnes ſunt poſteriores, non è contra, omnes poſteriores poſthumi.

Poſthumare verbũ non propriè, ſed per tranſlationẽ refertur ad id ꝙ poſteriore loco fit.

45 *Argumentum de verbis tranſlatis ad propria non valet.*

Tranſlatio inducit equiuocationem.

Argumentum à coniugatis, in æquiuocis non valet.

46 *An filius natus poſt conditum teſtamentum, ante mortem patris ſit propriè poſthumus.*

47 *Proprium quot modis dicatur.*

48 *Proprietas vocabuli a quibus fontibus petat.*

Proprium apud grammaticos, aut contra diſtinguitur ab appellatiuo aut ab improprio.

49 *Poſthumus eſt nomen appellatiuum, non proprium.*

50 *Proprium eſt tale quod ſimpliciter & ſine aliqua nota improprietatis, ex frequenti vſu peritorum dicitur tale.*

Proprietas potiſſimum ſumitur ab auctoritate peritorum.

51 *Vſus tribuit verbis proprietatem.*

52 *Communis vſus virtus quæ, remiſſiuè.*

Poſthumus ſimpliciter & ſine nota improprietatis ex frequenti vſu peritorum, appellatur is, qui naſcitur poſt conditum teſtamentum.

53 *Poſthumus propriè, & verè is eſt, qui etiam in materia ſtricta, & odioſa venit poſthumi appellatione.*

54 *Odioſæ diſpoſitiones reſtringuntur ad eos, qui verbis proprijs comprehenduntur duntaxat.*

55 *Poſthumorum appellatione comprehenduntur nati poſt conditum teſtamentum, & in diſpoſitionibus odioſis.*

56 *Exhæredatio eſt odioſa.*

57 *Poſthumum ſimpliciter exhæredans, intelligitur exhæredare etiam eum, qui naſcitur poſt conditum teſtamentum viuente patre exhæredante.*

58 *Teſtamenti fauor attenditur, quando concurrit cum fauore filiorum. vbi autem eſt à filiorum fauore ſeparatus, præualet filiorum fauor.*

59 *Exhæredatio ex quolibet minimo defectu corruit, & vna cum ea teſtamentum.*

60 *Diſpoſitio impropriam interpretationem non admittens, non comprehendit, niſi propriè tale.*

61 *Poſthumi appellatione comprehenditur natus poſt conditum teſtamentum viuente patre, etiam in diſpoſitione quæ impropriam reſpuit interpretationem.*

62 *Tutor datus filijs, non intelligitur datus nepotibus & nu. 326.*

63 *Tutor datus poſthumis intelligitur datus, tã natis poſt conditum teſtamentum patre viuente, quàm natis poſt illius mortem.*

64 *Genus predicatur propriè de omnibus ſuis ſpeciebus.*

65 *Poſthumus eſt genus ad natos poſt mortem parentis, & ad natos poſt conditum teſtamentum eo viuente.*

66 *Vna determinatio reſpiciens plura determinabilia, debet illa pariformiter determinare.*

67 *Ethymologia nominis alicuius, cui non competit, nec nomen propriè poteſt competere.*

68 *Poſthumus non dicitur quaſi poſtea humanatus, vt ſentit Fortun. Garz.*

69 *Poſthumi nomen non cadit in eos, qui in rebus humanis non ſunt.*

70 *Poſthumus in potentia non eſt propriè poſthumus.*

121 Inter suos nasci dicuntur, qui ex suis nascũtur.
122 Posthumus alienus in specie semper nascitur ex alieno corpore, sed inter suos.
123 Suus fieri potest quilibet de liberis in potestate, licet sint in gradu remotissimi.
124 Differentia inter eum qui suus nascitur, et eum qui nascitur suus futurus, & eum qui nascitur suus non futurus.
125 Definitionis posthumi alieni breuis explicatio.
126 Posthumus alienus in specie, & posthumus pendens, & incertus,
127 Definitio posthumi alieni impugnatur ex sententia Taurelli.
128 Definitiones, & regula debent intelligi secundum exempla ab auctoribus allata.
129 Filius emancipatus suus dici non potest.
130 Definitioni posthumi alieni, ad mentem Taurelli declaratur.
131 Taurelli declaratio à Duareno, & Ronchegallo approbatur.
132 Taurelli declaratio ab Auctore reprobatur.
Posthumus ciuilis, consideratur vt nasciturus, non vt natus.
133 §. Posthumo instit. de legat. declaratur.
134 Posthumus extraneus qui.
135 Posthumus suus, nascitur suus hæres futurus.
136 Posthumus extraneus, quidam agnatus, quidã non agnatus.
137 Posthumus extraneus agnatus qui.
138 Posthumus extraneus non agnatus, quidam cognatus, quidam non cognatus.
139 Posthumus extraneus cognatus, aut nasciturus ex proprio corpore, aut ex corpore alieno.
140 Posthumus extraneus cognatus nasciturus ex proprio corpore qui.
141 Posthumus extraneus nasciturus ex proprio corpore, aut nasciturus ex muliere, quæ non potest esse vxor, aut ex ea quæ vxor esse põt.
142 Posthumus extraneus cognatus, nasciturus ex alieno corpore qui.
143 Posthumus extraneus non cognatus qui.
144 Veritas magis oculata fide, quàm per aures, animis hominum infigitur.
145 Posthumorum arbor.
146 Posthumo ciuili vt sit locus, quæ requirantur.
147 Posthumi ciuilis circumstantia rei.
148 Posthumi ciuilis circumstantia personæ.
149 Posthumi ciuilis circumstantia temporis.
150 Posthumi ciuilis circũstantia loci nõ desiderat.
151 Posthumi ciuilis circumstantia modi.
152 Posthumus ciuilis quos operetur effectus.
153 Posthumus ciuilis in his quæ respiciunt illius vtilitatem, habetur pro iam nato.
154 Posthumi sui effectus est, vt debeat institui, vel exheredari, ne rũpat natiuitate testamẽtũ.
155 Posthumi alieni effectus erat, vt institui non posset.
156 Posthumus alienus vtrum posset ante Galli prouisionem institui.
157 Capax successionis abintestato, est capax etiã successionis ex testamento.
158 Succedere ex testamento facilius quis potest, quàm ab intestato.
159 Posthumus alienus ante prouisionem Galli erat capax successionis ab intestato.
160 Bonorum possessor, qui fiebat ante Gallum, necesse est vt hæreditatis esset capax.
161 Bonorum possessores facere eos non poterat Prætor, qui iure ciuili erant incapaces.
Institutus inutiliter, nec bonorum possessionem secundùm tabulas petere potest.
162 Posthumus alienus fiebat bonorum possessor etiam ante Galli prouisionem.
163 Posthumi alieni incapacitas, aut à lege duodecim tab. aut à media iurisprudentia, aut à Principum constitutionibus proficiscebatur.
164 Posthumus alienus, si tempore testamenti fuisset natus, potuisset institui.
165 Institutionis capax est is cuius seruus institui semper potuit.
Serui capacitas pendet à capacitate Domini.
Posthumi alieni seruus, semper institui potuit.
166 Indefinita æquipollet vniuersali.
167 Posthumi appellatione venit etiam alienus.
168 Lex non debet esse de indubitabili.
169 Posthumi sui debuerunt semper institui.
170 Posthumus alienus, si fuisset ante Iustinianum iure ciuili institui prohibitus, non potuisset habere, vbi fuisset institutus, ciuilia remedia.
171 Posthumo alieno instituto, etiam ante Iustinianum, ciuilia remedia competebant.
172 Hæres institui is potest, cui potest legari.
173 legari his potest, cum quibus est testamenti factio.
174 Posthumis alienis legari ante Iustinianum, & per fideicommissum relinqui potuit.
175 Posthumus alienus institui, & antea poterat, & nunc potest.
176 Posthumus alienus, cui olim inutiliter legabatur, vtiliter poterat institui.
177 Prætor hæredem facere non potest.
178 Prætoris beneficio nõ instituendi licentia dabatur, sed facta institutio conseruabatur.
179 Posthumo alieno, ante Iustinianum inutiliter legabatur.
180 Institui is non potest, cui legari non potest.
181 Posthumo alieno ante Iustinianum legari non poterat.

182 *Diuinatiuus intellectus non admittitur.*

183 *Institui posse non dicitur is, cuius institutio non valet.*

184 *Institui ante Iustinianum non poterat, qui eo tempore erat incognitus.*

185 *Posthumus alienus ante Iustinianum erat incognitus.*

186 *Posthumus alienus, si ante Iustinianum non instituebatur, de iure ciuili testatori non imputabatur.*

187 *Superuacanea in iure non sunt admittenda.*

188 *Succedens abintestato satis est, vt sit habilis tempore mortis testatoris, & tempore adeundæ hæreditatis.*

189 *Succedens ex testamento, triplici tempore habilis esse debet.*

190 *Suus semper est capax: extraneus autem potest esse incapax.*

191 *Posthumus alienus, cur olim posset succedere ab intestato, non ex testamento.*

192 *Posthumus alienus, vt alienus, nec ab intestato olim succedere poterat.*

193 *Bonorum possessor fieri non potest, qui nominatim & expressè ciuili iure prohibetur esse hæres: secus autem vbi ad hæreditatem non admittitur tamquam incognitus.*

194 *Posthumus alienus non prohibebatur nominatim instituti, sed tamquam incerta persona erat incognitus.*

195 *Emancipatus, licet incognitus, quia tamen nominatim succedere non prohibebatur, ad bonorum possessionem admittebatur.*

196 *Incognitus de iure ciuili non admittitur ad bonorum possessionem, quam Prætor veteris iuris confirmandi gratia induxit.*

197 *Lex hi demum ff. de bonorum possess. secun. tab. & lex non est ambigendum in §. vltimo de bon. possess. declarantur.*

198 *Lex verbis legis, de verb. signifi. declaratur.*

199 *Media Iurisprudentia fluit ab ea Iurisprudentum interpretatione, & disputatione ius illud ciuile constituente, quod ex non scripto venire dicebatur.*

200 *Responsa Prudentum, quorum auctoritate media nititur iurisprudentia, non habemus.*

201 *Posthumi alieni incapacitas à media iurisprudentia fluxisse videtur.*

202 *Ratione vna ex pluribus cessante, non cessat dispositio.*

203 *Fictio cessat, vbi nulla potest considerari vtilitas, vel veritati non præualet.*

204 *Lex eius seruus, qui post mortem.ff.de hæred. institu. & §. seruus autem institut. eod. declarantur.*

205 *Lex vna alteram declarat.*

206 *Bonorum possessori quoq; vtilia remedia ciuilia competunt.*

207 *Lex si duobus in princ. de leg. primo, & lex. quidam relegatus in §. vltimo de reb. dub. declaratur.*

208 *§. posthumus.institut. de legat. declaratur.*

209 *Exceptio debet esse de regula.*

210 *Posthumus non suus, an posset olim institui. distinctione declaratur.*

211 *Posthumus non suus, vel alienus ingenere, aut certus est, aut incertus.*

212 *Nepos nasciturus ex filio emancipato, est posthumus extraneus.*

213 *Posthumus nasciturus ex muliere, quam prohibemur vxorem ducere, est extraneus.*

214 *Posthumus nasciturus ex fratre, vel ex amico post mortem nostram, est extraneus.*

215 *Posthumus, qui nō nisi extraneus nasci potest, est certus.*

216 *Posthumus incertus quis sit.*

217 *Posthumus incertus dici potest, etiam qui viuo patre, & auo nascitur.*

218 *Incertitudo excludebat olim à testamenti factione passiua.*

219 *Posthumus alienus, cur similis incertæ personæ diceretur.*

220 *Ratio non debet esse eadem cum dicto*

221 *Incertitudo posthumi quomodo differret ab aliarum personarum incertitudine.*

222 *Posthumus suus non erat omnino incertus.*

223 *Posthumi alieni incapacitas, an à lege 12. tab. vel ab alio fluxerit posteriore iure. Triplex iuris ciuilis status.*

224 *Iuri ciuili quod adscribitur, in dubio ad l. 12. tab. refertur.*

225 *Posthumi alieni incapacitas iuri ciuili adscribitur.*

226 *Socini Iunioris opinio reprobatur.*

227 *Cæsaris Costæ opinio damnatur.*

228 *Prohibitio, ne posthumus alienus instituatur, est coangustatio facultatis instituendi.*

229 *Argumentum à diuisione valet. (dentiū.*

230 *Ius ciuile in dubio significat auctoritatē prudentiū.*

231 *Theophili auctoritas est maxima. (lis.*

232 *Theophili auctoritas quā sit magis probabilis.*

233 *Posthumus alienus qua ratione fuerit institui prohibitus.*

234 *Bartoli ratio reprobatur.*

235 *Immolæ ratio reprobatur.*

236 *Aretini ratio reprobatur.*

237 *Ratio alia reprobatur.*

238 *Ratio alia affertur.*

239 *Familiæ ercisc. iudicium inter patrem & filium exerceri non poterat.*

240 *Cæsaris Costæ ratio reprobatur.*

241 Ma-

541 *Marij Salamonij ratio reſſertur.*
242 *Pauli Leonij opinio reprobatur.*
243 *Ratio incertitudinis vtrum ſit probabilis.*
244 *Poſthumi quoq; ſui videntur incerti.*
245 *Incertitudo, quę faciebat incertum ex certis, non reddebat aliquem incapacem.*
246 *Poſthumus alienus admittebatur ad petitionem partis incertæ,*
247 *Poſthumus naſciturus ex muliere, quam poſſum habere vxorem videtur incertus.*
248 *Poſthumus naſciturus ex muliere, quam poſſum habere vxorem, ſemper potuit inſtitui.*
249 *Poſthumus alienus cùm non niſi vel ſuus, vel extraneus naſci poſſit, ſemper capax videtur naſci.*
250 *Quoque, dictio implicat ſimilitudinem cum antecedentibus.*
251 *Incertitudo quæ poteſt conſiderari in poſthumo alieno, in ſuo conſiderari non poteſt.*
252 *Poſthumi alieni incertitudo, conſiſtit in diuerſis qualitatibus, quas naſcendo idem poſthumus poteſt inducere.*
253 *L. 1. in §. vltimo ſi pars hæreditatis petatur, declaratur.*
254 *Incertitudo, quæ non pendet à caſu, ſed à facto teſtatoris non eſt in conſideratione.*
255 *Incertitudo fuit ſcrupuloſa quædam antiquitatis ratio.*
256 *Nepos natus ex filio exiſtente, non rectè inſtituebatur ſecundum aliquos.*
257 *Poſthumus ciuilis quibus modis finiatur.*
258 *Poſthumus ſuus, ſi viuente patre naſcitur, de poſthumo ſuo fit ſuus hæres futurus.*
259 *Poſthumus ſuus, ſi defuncto patre naſcitur, efficitur ſuus hæres actu.*
260 *Poſthumus alienus, ſi naſcitur viuente patre, & non Auo, efficitur non hæres.*
261 *Poſthumus alienus, ſi naſcitur viuente auo, & patre, efficitur loco poſthumi.*
262 *Poſthumus alienus, ſi naſcitur mortuo patre, & viuente auo, efficitur auo ſuus hæres futurus.*
263 *Poſthumus alienus, ſi naſcitur mortuo patre, & auo, efficitur auo ſuus hæres actu.*
264 *Poſthumus extraneus, ſi naſcitur viuente teſtatore, efficitur de poſthumo hæres extraneus futurus.*
265 *Poſthumus extraneus, ſi mortuo teſtatore naſcatur, efficitur hæres extraneus actu, niſi ex ea naſcatur, quæ vxor eſſe non poſſit.*
Poſthumus vt dicatur ſuus, vel non ſuus, an debeat inſpici tempus conditi teſtamenti, vel tempus natiuitatis.
266 *Nepos, cui prouidetur per primum caput legis Vellea, eſt poſthumus.*
267 *Tempus natiuitatis attenditur in poſthumo Velleano.*
268 *Poſthumus non operatur ſuos effectus rumpendo teſtamentum, niſi poſtquam natus.*
269 *Poſthumus, niſi attenderetur tempus mortis teſtatoris, vbi tempore conditi teſtamenti non eſſet futurus ſuus, vel legitimus hæres teſtatori non poſſet agere querela innoff. teſtam.*
270 *Poſthumus poteſt agere querela innoff. teſtam. ſi potuit eſſe ſuus, vel legitimus tempore mortis teſtatoris, licet tempore conditi teſtamenti non potuerit.*
271 *Definitione comprehenſa, ſunt de eſſentia rei diffinitæ.*
272 *Poſthumus, ſi deſineret per natiuitatem eſſe poſthumus, numquam poſthumus natus dici poſſet.*
273 *Poſthumo maximè competit illius diffinito tempore natiuitatis.*
274 *Qualitas non poteſt dari ſine ſubiecto.*
275 *Poſthumus aquilianus eſt alienus.*
276 *Poſthumi, ſi conſiderarentur poſt mortem teſtatoris, non traderetur regula ad cognoſcendũ eorũ ſuitatem, vt inſpiceretur numquid ſi naſcerẽtur eo viuo, in eius eſſent poteſtate.*
277 *Idem pro eodem haberi non poteſt.*
278 *Poſthumi nomen, non cadit in eum, qui iam in rebus humanis ſit.*
279 *Tempus natiuitatis inſpicitur quo ad effectum rumpendi, vel non rumpendi teſtamentum, qui effectus potius eſt ſui hæredis, quàm poſthumi.*
280 *L. poſthumus de inoff. teſtam. declaratur.*
§. Poſthumo inſtit. de legat. declaratur.
281 *L. poſthumum de liberis, & poſthum. declaratur.*
282 *Poſthumi nomen ad iam natum, naturaliter refertur, non ciuiliter, vel cauſa demonſtrationis eius quod fuit.*
283 *L. 3. in §. 1. de iniuſto rupto, & irrit. fact. teſtam. declaratur.*
284 *Non entis nullæ ſunt qualitates.*
285 *An, & quando poſthumi nomen ad iam natum referatur, definitione declaratur.*
286 *Poſthumus in ſucceſſione abinteſtato conſideratur tempore mortis teſtatoris.*
287 *Poſthumus in ſucceſſione ex teſtam. conſideratur tempore conditi teſtamenti.*
288 *Continuatio legis ad legem non eſt neceſſaria.*
789 *Ordo certus in ſingularum legum diſpoſitione non eſt à compilatoribus obſeruatus.*
290 *Lex cum lege ad bene eſſe continuatur.*
291 *Continuatio huius legis ad præcedentes.*
292 *Continuatio altera ad mentem Baldi.*

293 *Tem.*

354 Qua-

354 *Qualitas adiuncta verbo debet intelligi ſecundum tempus verbi.*
355 *Poſthumi extranei omnes poſſunt dici alieni.*
356 *Poſthumus natiuitate deſinit eſſe poſthumus.*
357 *Poſthumus alienus in ſpecie, neq; ſuus eſt, neq; extraneus.*
358 *Hæres non ſuus futurus eſt, qui non habet immediatam qualitatem futuræ ſuitatis.*
359 *Poſthumi quoq; alieni, quia poſſunt naſci ſui, neceſſariò ſunt inſtituendi, vel exhęredandi, ne rumpant teſtamentum.*
360 *Poſthumus alienus eſt quid medium inter ſuũ & extraneum, cùm in eo oppoſitæ qualitates concurrant æqualiter.*
361 *Suitas eſt finis formulæ Galli, non poſthumi nepotis.*
362 *Poſthumus Aquilianus in cauſa teſtati alienus eſt, in cauſa inteſtati ſuus.*
363 *Poſthumus Aquilianus tempore diſpoſitionis eſt alienus: tempore quo diſpoſitio ſortitur effectum, ſuus.*
364 *Poſthumus Aquilianus inſtituitur vt ſuus.*
365 *De futuris contingentibus nulla eſt determinata veritas.*
366 *Alieni nomen, abnegat actum ſuitatis, non potentiam.*
367 *An Gallus primus induxerit, vt poſthumus nepos poſſet inſtitui.*
368 *Iuſtinianus ſuas vnicuiq; tribuit inuentiones.*
369 *Gallus, qui fuit ante Iuſtinianum, induxit nepotem poſthumum inſtitui poſſe.*
370 *Gallus non induxit, vt poſthumus alienus ſimpliciter poſſet inſtitui, ſed certo quodam caſu.*
371 *Iuſtinianus induxit poſthumum alienum ſimpliciter inſtitui poſſe, de incapaci capacem reddendo.*
372 *Poſthumus nepos, an potuerit ante Gallum in caſu ab eo excogitato, inſtitui.*
373 *Inducere eſt de nouo aliquid inuenire, vel ſtatuere.*
374 *Gallus ius antiquum interpretando, non ab eo recedendo induxit per modum cautionis, vt poſthumus alienus in vnum caſum inſtitueretur.*
375 *Formula Galli potuiſſet ab alio quolibet ante eum excogitari, & induci.*
376 *Poteſt, verbum, an & quando neceſſitatem ſignificet.*
377 *Poteſt verbum, negationem habens, remouet actum & potentiam.*
Potentia remota remouetur actus.
Poteſt, verbum affirmatiuè poſitum, liberam potentiam ſignificat.
378 *Negatio magis negat, quàm affirmatio affirmet.*
379 *Poteſt verbum, negatiuè poſitum interdum non potentiam, ſed condecentiam, & commoditatem tantum remouet.*
380 *Poteſt, verbum negatiuè poſitum & præceptiuè, omnem remouet potentiam, quam præcipiens remouere poteſt.*
381 *Poteſt, verbum affirmatiuè poſitum, nullam includit neceſſitatem, niſi ad aliquod eſſentiale referantur.*
Poteſt, verbum in vltimis voluntatibus neceſſitatem quandoq; inducit, etiam affirmatiuè prolatum.
382 *Poſthumi nepotis inſtitutio, ſecundum formulam Galli, an fuerit neceſſaria.*
383 *Neceſſarium triplex.*
384 *Gallus non induxit, vt natiuitate ſui poſthumi teſtamenti rumperetur.*
385 *Diſpoſitum in iure per verbum, poteſt, affirmatiuè prolatum, non includit neceſſitatem.*
386 *Præteritio nepotis ante Gallum nunquam infirmabat teſtamentum.*
387 *Ius accreſcendi, quod nepotibus præteritis competebat, non ad res, ſed ad perſonas referebatur.*
388 *Teſtamentum, mortuo filio inſtituto, teſtatore viuo efficiebatur caducum.*
389 *Neceſſarium cauſatiuè illud dicitur, quod ſi non fiat, aliud ſequitur de neceſſitate.*
390 *Perperam in iure nihil ſcriptum reperitur.*
391 *Neceſſitas inſtituendi poſthumi nepotis, eſt ex parte rei, non ex parte perſonæ.*
392 *Poteſt verbum, in legibus reſcriptis & contractibus etiam affirmatiuè poſitum, diſpoſitiuè prolatum, cauſatiuam neceſſitatem inducit.*
393 *Nepos ex filia, non poteſt auo materno agnaſci.*
394 *Principium Inſtit. de exhęredatione lib. declaratur.*
395 *Præteritus propriè dici non poteſt, qui nec à teſtatore volente potuiſſet inſtitui, vel exhęredari.*
396 *Præteritio eſſe eorum, quorum exheredatio vel inſtitutio in teſtamento eſt iure debita.*
Antonij Fabri opinio non recipitur.
397 *Nepotes, & cęteri liberi, qui poterant inſtitui tempore conditi teſtamenti, præteriti non rumpebant teſtamentum: non nati autem, qui inſtitui non poterant, agnatione rumpebant.*
398 *Exhæredatio tacita, quæ non ſufficiebat in filio, tolerabatur in filia, & in cæteris liberis vlterioris gradus.*
399 *Qui grauatur in vno, debet releuari in alio.*

523 Vul-

523 *Vulgaris substitutio quid sit, & vnde dicta.*
524 *Vulgaria vasa quæ sint.*
525 *Aquiliana institutio non nisi ab auo vel pro-auo fieri potest, & de posthumis alienis duntaxat, qui sui fieri possunt, & sub triplici conditione.*
526 *Origine quæ differunt, & corruptione, differunt etiam specie.*
527 *Vulgaris substitutio, & Aquiliana differunt origine, & corruptione.*
528 *Vulgaris substitutio, habuit originem an lege 12. tab.*
Aquiliana à Gallo.
529 *Vulgaris substitutio spirat aditione hæreditatis.*
530 *Aquiliana substitutio spirat super existentia filij, etiam si se abstineat.*
531 *Diuersa ea sunt, quorum natura, & ratio est diuersa.*
532 *Vulgaris substitutionis ratio est in testatoris voluntate, Aquilianæ in necessitate.*
533 *Specie differre dicuntur, quę sub eodem genere posita definitione sunt diuersa.*
534 *Vulgaris substitutio, & Aquiliana referuntur ad idem genus substitutionis directæ, & definitione differunt.*
535 *Substitutio quæ restringitur ad certum genus personarum, differt specie à vulgari.*
536 *Substitutio Aquiliana restringitur ad certũ genus personarum.*
537 *Vulgaris substitutio, & Aquiliana ponuntur in iure tamquam diuersa.*
538 *Specie ea differunt, inter quæ ponitur particula, &.*
539 *Vulgaris substitutio est omnis prouisio de hærede, si primus hæres institutus hæres non erit, etiam ob singularem aliquem casum impotentiæ in conditione expressum.*
540 *Definitio vera substitutionis vulgaris, competit etiam Aquilianæ substitutioni.*
541 *Vulgaris substitutionis definitiones variæ recensentur.*
542 *Vulgaris substitutio, est genus quoddam sub alterum, quod continere.*
Varias substitutiones vulgares specie differentes.
543 *Aquiliana substitutio, non est inuenta à Gallo, vt substitutio, sed vt cautio.*
544 *Aquiliana substitutio habet conditionem etiam accidentalem.*
545 *Dispositionibus habentibus conditiones essentiales, possumus etiam accidentales, & voluntarias conditiones adiungere.*
546 *Exemplum substitutionis habentis duplicem conditionem, necessariam scilicet & voluntariam.*
547 *Substitutio potest spirare naturaliter defectu conditionis naturalis, & accidentaliter defectu conditionis accidentalis.*
548 *Aquiliana substitutio non differt à vulgari, sed ab alijs vulgaribus.*
549 *Ratio necessitatis quæ consideratur in prouisione Galli, non competit ei tamquam cautioni, quæ vulgarem substitionem includit.*
550 *Differentiæ, quibus species abundant a genere illas non eximunt à genere.*
551 *Animal est substãtia animata sensitiua: homo autem substantia animata sensitiua, & rationalis, & nihilominus est animal.*
552 *Aquiliana substitutio, non restringitur ad certum genus personarum vt substitutio, sed vt cautio.*
553 *Substitutiones, quæ differunt à vulgari, quia restringuntur ad certas personas, restringuntur ad personas quibus substituitur non ad personas substituendas.*
554 *Et, particula ponitur etiam inter diuersa numero.*
555 *Entia non sunt multiplicanda sine necessitate.*
556 *Vulgaris substitutionis formula, cur ad institutionem posthumi nepotis non fuerit sufficiens.*
557 *Substitutionis vulgaris formula, non nisi institutio posthumi nepotis fieri potuisset: formula autem Galli tàm institutio quàm substitutio fieri potest.*
558 *Filius apud hostes præteriri impunè potest.*
559 *Substitutio eadem non debet diuerso iure censeri.*
560 *Substitutio vulgaris, primo hærede non existente retrotrahitur ad tempus conditi testamenti.*
561 *Tunc, dictio in formula Galli est impedimento, quominus retrotrahatur ad tempus conditi testamenti.*
562 *Tunc, dictio temporis extremitatem significat.*
563 *Antonij Fabri consideratio reprobatur.*
564 *Posthumi cuiuscunq; generis nunquam rumpunt testamentum prœteritione, sed natiuitate, si sui nascantur.*
565 *Postumo suo prætcrito, si mulier abortum faciat, testamentum non rumpitur.*
566 *Posthumus suus non prœteritus, si illico quo natus est decedat, dubium est an rumpat testamentum.*

tur in tempus habile, tunc demum valet, cum ab initio resistit lex ob defectum alicuius qualitatis extrinsecæ.

663 Forma non potest impleri per æquipollens.

664 Testamentum posset valere, vbi institutus esset aliquis, si legitimus hæres non vindicaret hæreditatem, quando legitimus hæres non esset is, quem teneremur instituere vel exheredare.

665 Galli formula an laboret defectu, vel superfluitate.

666 Superfluitatis nomine reprehendi potest qui pluribus vtitur verbis, quàm necesse sit.

667 Superfluus est qui exprimit, quod tacitè inest

668 Expressio eorum quæ tacitè inest nihil operatur.

669 Regula, quæ est breuis quædam ordinatio, non debet superfluitate aliqua laborare.

670 Manca, & insufficiens ea dicitur prouisio, quæ indiget supplemento.

671 Superfluitas & defectus possunt concurrere circa eandem rem.

672 Superuacanea non est oratio, in qua nullum verbum est expressum, quod orationem ipsam in aliquo non adiuuet.

673 Peritis in arte standum est.

674 Superflua non dicuntur, quæ ad tollendam omnem dubitationem sunt posita.

675 Mancus & insufficiens non dicitur is, ex cuius mente quod verbis non est expressum, facilè per interpretationē colligitur.

Legitimum dicitur etiam, quod venit ex mente legis.

676 Verbis legum singuli non possunt casus in infinitum multiplicabiles, comprehendi.

677 Expressio non necessaria interdum fit vtiliter.

678 Expressio vtilis est quoddam medium inter expressionem necessariam, & superuacaneam.

679. Verba sunt reperta vt mentem, & sensum significent.

680 Fieri non debet per plura, quod fieri potest per pauciora æquè benè.

681 Exemplari deficiente, non potest duci exemplum.

682 Cætera notariorum, non comprehenderent omissa, nisi ea ipsa quæ notarij omittunt, fuissent ab inuentoribus in suis clausulis, ad quas se referunt, expressa.

683 Scæuola breuitatis gratia multa in hac lege omisit.

684 Non expressa à testantibus ex consilio Galli debent ex verbis concipi posse.

Pugnantia loquens, non debet audiri.

685 Galli formula an hodie sit correcta per Iustiniani constitutionem.

686 Superuacaneum, & perperam nihil in iure.

687 Ius antiquum quando prolixum est & difficile, recensere non est necesse.

688 Iustinianus non sustulit Galli formulam, sed tam quam legislator plenius prouidit.

689 Testamentum vt fiat ex consilio Galli necesse est, vt viuat filius testatoris, pater posthumi nepotis instituendi.

690 Testamento ex consilio Galli vt sit locus, necesse est vt filius viuo testatore naturaliter, vel ciuiliter moriatur.

691 Testamento ex consilio Galli vt sit locus, necesse est, vt nepos post mortem testatoris nascatur.

692 L. Velleæ prouisio, an fuerit superflua.

693 Posthumos alienos iureciuili incognitos cœpit primum cognoscere ius prætorium.

694 Gallus cauendo, & interpretando subtilitate potius quàm auctoritate, inuenit rationem instituendi posthumi nepotis, qui ante eum ignorabatur &c.

695 L. Velleæ primum caput admisit, posse institui posthumos alienos si nascerentur post mortem patris, viuo auo testatore.

696 L. Vellæ secundum caput induxit, vt vtiliter possit institui etiam nepos natus, qui post conditum testamentum successione suus efficeretur.

697 Iulianus interpretatus est casum, quando nepos nasceretur viuo patre, & auo, deinde successione suus auo efficeretur ad vtrumq; caput L. Velleæ pertinere, & propterea testamentum non rumpere.

698 Lex Vellea an fuerit superflua quoad primū caput.

699 L. limitans in vno casu, ex identitate rationis trahitur etiam ad alium.

700 Testamenti conseruatio respicit publicam vtilitatem.

701 Substitutionum materia patitur extensionem.

702 Casus si quis nascatur post mortem, trahitur interdum ad casum vbi quis nascitur in vita.

703 Posthumi nascitur post mortem institutio non trahitur ad eum, qui in vita testatoris nascitur.

704 Posthumus olim instituebatur tantummodo, si nasceretur post mortem, ideò natus ante mortem rumpebat testamentum.

705 Galli formula non poterat extendi ad casum, vbi postquamus nepos fuisset natus viuo testatore.

706 Vlt

706 *Vbi maius periculum, ibi cautius agendum.*
707 *Tempus modicum, non est in consideratione.*
708 *Dispositio hominis, extenditur ex identitate rationis de casu ad casum, si disponens habeat facultatem prouidendi in vtroq; casu.*
709 *Gallus cur non potuerit cauendo prouidere, vt testator posset nepotem, qui post mortem filij se viuo, nasceretur instituere. remissiuè.*
710 *Substitutiones extensionem patiuntur, vbi casus variatur respectu personæ cui substituitur. non vbi variatur persona substituti.*
711 *Prouisio hominis expressa, facit cessare prouisionem legis per viam extensionis.*
712 *Testator, si instituat sibi nasciturum post mortem, an hodiè post legem Velleam, & Iustiniani constitutionem, censeatur etiam instituisse nasciturum in vita, & ècontra.*
713 *Interpretatio illa in dubio est admittenda per quam vltima voluntas pleniorem recipit declarationem, & menti testatoris magis consentaneam.*
714 *Vtile per inutile non vitiatur.*
715 *Testamentum in quo institutus est filius, si nascatur post mortem testatoris infra decimum mensem, si eo viuo nascatur, non rumpitur.*
716 *Conditio voluntaria, debet impleri in forma specifica.*
717 *Conditio si nascatur post mortem meam infra decimum mensem, est conditio voluntaria.*
718 *Casus omissus pro omisso habetur.*
719 *Testamenti fauor non attenditur, vbi filius est præteritus.*
720 *L. commodissimè. de lib. & posthu. & l. fin. de posthumis hæredibus instituendis. conciliatur.*
Iurium correctio non est temere admittenda.
721 *Institutus, si post mortem nascatur, an & quando censeatur etiam institutus, si viuo patre nascatur, distinctione declaratur.*
722 *Institutus post mortem alterius, quam testatoris sine temporis præfinitione, si nascatur eo viuo, indistinctè intelligitur præteritus.*
723 *Institutus post mortem testatoris cogitantis incontinenti se moriturum, intelligitur institutus, etiam si eo viuo nascatur.*
724 *Institutus post mortem testatoris, non cogitantis de imminenti morte, non intelligitur institutus, si eo viuo nascatur.*
725 *Institutus non simpliciter, si post mortem alicuius nascatur: sed si nascatur post mortem infra aliquod tempus, quando intelligatur institutus, si eo viuo nascatur.*
726 *Institutus, si nascatur post mortem cum temporis adiectione, si tota conditio respicit mortem testatoris intelligitur institutus, etiam si nascatur eo viuo.*
727 *Institutus, si nascatur post mortem cum adiectione temporis, si conditio refertur ad personam alterius, vbi institutio collata est non modo post mortem, illius a qua ratio decē mensium ineunda est, sed etiam post mortem testatoris, non intelligitur institutus, qui eo viuo nascatur.*
728 *Institutus post mortem alterius cum adictione temporis, non post mortem testatoris intelligitur institutus etiam si eo viuo nascatur.*
729 *Testamento ex consilio Galli vt sit locus, necesse est, nepotem posthumum nasci in decem mensibus proximis, quibus filius testatoris moreretur.*
730 *Dies in quo moritur filius, an computetur in decem mensibus infra quos posthumus nasci debet.*
731 *Dies termini non computatur in termino.*
732 *Præsumptio iuris debet adaptari ad id, quod frequentius accidit.*
733 *Dies termini regulariter computatur in termino, nisi specialiter sit exceptus, præsertim quando ei cui assignatur, expedit computari.*
734 *Dies termini assignati ex arte, nō semper computatur in termino: secus in eo qui pendet à natura.*
735 *Generare posse hominem eo die quo moritur, non est impossibile.*
736 *Generare eo die quo moritur longa infirmate correptum, non est verisimile.*
737 *Matrimonium celebrare potest, etiam constitutus in mortis articulo.*
Matrimonium cum concubina contractum in mortis articulo efficit prolem ligitimam.
738 *Legitimus partus an dicatur, qui nascitur per duos dies vltra decimum mensem à morte matris.*
739 *Partus legitimus post vndecimum mensem non nascitur.*
740 *Peritis standum est in his, quæ pertinent ad alienas artes.*
741 *Pariendi certum tempus in mulieribus non est statutum.*
Sunt enim qui putant, posse nasci partum duodecimo, & decimo tertio mense.
742 *Temporis modicus excessus non est in consideratione.*

743 In-

743 Interpretatio illa in dubio eſt admittenda, per quam innocentia præſumitur.
744 Partus vltra decimum menſem eſt de raro contingenti.
745 Natus poſt decimum menſem non admittitur ad legitimam hæreditatem.
746 Argumentum à contrario ſenſu,non valet vbi ſequitur correctio legis
747 Argumentum à contrario ſenſu non valet,vbi ſequitur abſurdus intallectus.
748 Argumentum à contrario ſenſu in numeris negatiuè non recipitur.
749 Argumentum à contrario ſenſu valet, vbi ſenſus contrarius eſt vnicus: ſecus ſi multiplex.
750 §.Vltimus in verſic. mulier .n. in authentica de reſtitutio, & ea quæ parit in vndecimo menſe declaratur.
751 Phyſici nō ſtatuunt partum iuſtum naſci poſſe poſt decimū menſem à morte mariti,ſed vndecimo,vel vlteriori qui eſt omnino incertus.
752 Media via in dubijs eligitur.
753 Partum citra ſeptimum menſem à die coniunctionis vitalem, & conſequenter legitimum non naſci,neq; vltra vndecimum à de conceptionis iure cautum eſt.
754 Plinij 2. locus corruptus.
755 Præſumptio iuris & de iure, præſumptionem in contrarium non admittit.
756 L. vbi lex duorum.de reg. iur. declaratur.
757 Exceſſus diei non integri non habetur in conſideratione.ſecus in exceſſu duorum vel plurium dierum.
758 Dubitatio nulla, vbi caſus legis.
759 Poſthumus nepos, ex conſilio Galli inſtitutus per duos vel tres dies vltra decem menſes in formula expreſſos natus, an ad ſucceſſionem admittatur.
760 Prouiſio in vno caſu, non habet locum in caſu omiſſo.
761 Subſtitutio tempore limitata, habet effectum poſt tempus limitans.
762 Tempus, vel qualitas, quæ naturaliter in eſſe creditur, intelligitur appoſita per modum demonſtrationis,non per modum reſtrictionis vt excludat caſus ſimiles,in quibus illud tempus, vel illa qualitas non datur.
763 Subſtitutiones porriguntur de caſu ad caſum.
764 Regula l. commodiſſime. de lib. & poſth. declaratur.
765 Regula l. ſi ita quis.de vulg. & pupill.declaratur.
766 Mulier e poſt mortem primi mariti ſtatim alteri nubenti,ſi decimo menſe pariat, an primi viri dicatur eſſe partus,vel ſecundi.
767 Incertum an debeat referri ad vnum, vel ad alterum ex duobus, ad neutrum refertur,& diſpoſitio vitiatur.
768 Regula l.duo ſunt Titij.de teſtamentar.tutell. declaratur.
769 Succedere qui non poteſt ſecundùm communem iuris diſpoſitionem eodem modo niſi vni ex duobus ex cauſa incertitudinis,eodem modo ſuccedit vtriq;
770 L. duo ſocij.ff. de hæred.inſtit. & l. qui duos ff. de rebus dub. declarantur.
771 Incertum vbi eſt, à quo ex pluribus aliquid ſit factum, intelligitur in dubio factum ab eo,qui eſt prior tempore.
772 Regula l qui duos.§. cum in bello.ff. de reb. dub. declaratur.
773 Filius in dubio illius eſſe creditur,in cuius domo ex vxore naſcitur.
774 Filius in dubio illius eſſe creditur qui in colendo agro, ex quo natus eſt diutius perſeuerauit.
775 L. filium definimus.ff.de his qui ſunt ſui vel alieni iur. declaratur.
776 Interpretatio in re dubia, in partem fauorabilem fieri debet.
777 Electio in dubio, non eſt alicui danda in alterius præiuditium.
778 Matris teſtimonio ſtandum eſt in pertinentibus ad filios, vbi aliunde probatio haberi nequeat.
779 Mater circa filij conceptionem decipi poteſt.
780 Partus cognitio pertinet ad medicos, & ad obſtetrices.
781 Medici & obſtetrices, cuius ſit partus diiudicare non poſſunt.
782 Aſtrologia eſt ars omnino fallax.
783 Fatales diuinationes Mathematicorum, & Aſtrologorum damnantur in iure noſtro.
784 Partus cognitio cuius eſſe dicatur plurimum ex indicis arbitrio pendere videtur.
785 Coniectura vel vna vel altera, ad partus iudicium non ſufficiunt
786 Argumentum à communiter accidentibus valet.
787 Partus ſeptimeſtris, non eſt vitalis.
788 Octimeſtris,licet viuus naſcatur pro non nato habetur.
789 Partus ſeptimeſtris eſt de rarò contingenti;
790 Partus mulieris,quæ poſt mortem primi viri ſtatim accipit ſecundum, ſi nonum menſem vel lunam non tangit,credendū eſt,eſſe primi viri: ſi verò nonum menſem vel lunam attingit, ſecundi viri eſſe creditur.

SCÆVOLA

SCÆVOLA LIB. SEXTO QVESTIONVM.

Gallus sic posse institui posthumos nepotes induxit. *Si filius meus viuo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, siue quæ neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit: heredes sunto.*



1 DIFFICILIA omnia pulchra esse scribit diuinus Philosophus lib. 6. de Rep. hoc autem celeberrimum Scæuolæ l. C responsũ, & Bart. hic, & cęteri
2 interpretes omnes vno ore, & re, & fama difficilimũ esse testatur, ita vt Accursius audeat etiam affirmare, difficilius legis ca-
3 put in iure vniuerso non reperiri; consequitur ergo vt hæc ipsa lex, eiusq; interpretatio, &
4 speculatio pulcherrima futura sit: Non igitur ita debet vos, Auditores, eius difficultas deterrere, & in diffidentiam addicere (quam de-
5 testatur. Iust. in §. his igitur inst. de iust. & iure) vt non magis eiusdem pulchritudo (quæ cum
6 bonitate conuertitur) alliciat, & in spem adducat. Etenim, qui attentas mihi aures præbe-
7 bit, difficultatem omnem, nisi fallor, facilè, Deo dante, superabit; ita vt tandem sine labore, & molestia, eiusdem pulchritudine, animo paca-
8 tissimo sit potiturus, quod vt facilius assequamur, ea vtar methodo, vt meam ad principium huius legis interpretationem in tres principes partes distribuam, in quarum prima præuias quasdam inspectiones, & animaduersiones cõstituam; in secunda tex. ipsum interpretabor; in tertia, & vltima, colligendo ex eodem tex. nonnullas conclusiones maiore adnotatione dignas, & earum occasione, dubitationesq; quasdã excitando, materiam vniuersam huius principij, per varios articulos absoluam.

Quod attinet autem ad primam partem, eam per nonnem solitas, de posthumo, quæstiones expediam, quærendo scilicet,

Quibus modis vsurpetur.
Vnde dictus sit.
Quo iure introductus.
Qua ratione.
Quid sit.
Quotuplex.
Quæ requirantur vt illi sit locus.
Quos operetur effectus.
Quibus modis finiatur.

9 Redeundo igitur ad primam, dicimus, vnà cum interpretibus hic, & in rub. supra eodem, vocẽ hanc, posthumus, æquiuocam esse, & varijs modis reperiri vsurpatam, tàm apud nostrates, quàm etiam apud alios latinos scriptores, iuxta tradita per glo. ad rubricam C. de posth. hæred. inst. tradunt etiam DD. ad l. nomen filiarum ff. de verb. sign. vbi Petrus Rebuffus col. 2. Cęterum omissis aliorum declarationi-
10 bus, dicimus nos bifariam potissimùm posthumum vsurpari. Vno modo pro eo, qui nascitur
11 post mortem illius, cuius est posthumus; altero autem modo, pro eo qui nascitur post conditum testamentũ, tex. est in l. 3. in §. posthumos infra titulo proximo, & natus post mor-
12 tem rursus duplex est, aut natus verè, aut natus fictè, vt rectè sentit Ioannes Bologneitus, ad Rubricam sup. eodem, sub nu. 20. Verè autem na-
13 tus rursus duplex est, aut verè natus post veram parentis mortem, quem omnes norunt, de quo loquitur d. §. posthumos, aut verè natus post
14 fictam parentis mortem, qui Cornelianus posthumus appellatur id est, qui post captiuitatem patris sui nascitur filius; eo enim casu post mortem patris sui nasci videtur l. qui vxorem ff. de iniusto rupto, & irrito facto testamento,
15 docet Cuiac. ad l. lege Cornelia. ff. qui testamenta facere possũt: Natus vero fictè post veram mortem parentis, is est, qui ex secto matris vtero extrahitur, qui similis posthumo di-
16 citur l. posthumos de inofficioso testamento; non enim verè nasci dicitur, qui ab vtero defunctæ matris extrahitur, vt docet Antonius
17 G[illegible]nus hic num. 3. Posthumus quoque, qui [illegible] conditum testamentum nascitur pariter [illegible]lex est, aut natus verè, quem nemo non [illegible] de quo loquitur. d. §. posthumos in versiculo sed, & ij.
18 Aut natus fictè, qui est rursus duplex, aut fictè natus facto testatoris, aut sine facto illius, &
19 facto testatoris fictè natus, aut est ficta persona, aut vera, & realis; ficta persona est veluti mo-
20 nasterium, quod testator ingreditur post conditum testamentum, iuxta tex. in auth. si qua mulier C. de Sac. San. Ecclesijs, & in §. sed hoc de præsenti in auth. de Sanctissimis Episcopis, de quo Imol. ad l. filius a patre in §. 1. h. cod. t. Marius Salamonius hic nu. 22. & Excellentissimus Dominus Angelus Spanocch. ad rub. h.
21 eod. t. part. 9. nu. 5. vbi etiam Ioann. Bologn. nu. 19. Vera autem persona, & realis est velud

filius, qui arrogatur post conditum testamen-
tum, de quo inst. in prin. quibus mod. testa-
menta infirm. & filij naturales, qui post condi-
tum testamentum efficiuntur legittimi, iuxta
§. generaliter in auth. quibus modis naturales
efficiantur sui, docent Bald. & Alex. nu. 3. ad
rub. h. eod. tit. nec non nepotes, qui post
conditum testamentum, patre emancipato, effi-
ciuntur in primo gradu patriæ potestatis, auo
testatori emancipanti, iuxta tex. in §. præterea
inst. quibus modis ius patriæ potestatis soluitur.
22 Ficte vero natus sine facto testatoris est veluti
is, qui mortuo auo post testamentum conditū
sit in potestate patris militis testatoris ut in l.
filius a patre § 1. h. eod. tit. nec non, qui mor-
tuo proprio patre incipit esse suus hæres auo,
post conditum testamentum, de quo in §. po-
sthumorum inst. de exhæredatione liber. & in
l. posthumorum infra tit. proximo; item filij,
qui post conditum testamentum apud hostes
nascuntur, & reuertuntur, vel nascuntur ante
testamentum, sed post testamentum conditum
reuertuntur, nam tunc redeuntes efficiuntur
sui, quasi nasci videantur, qua ratione plures
etiam alios id genus.
Posthumos considerari posse censuit idem Bolo
gnet. vbicunq; scilicet aliquo ab hostibus ca-
pto, in seruitute moriente, vel redeunte noua
persona ius suitatis assumit, quod multifariam
contingere potest; & de eiusmodi posthumis
habetur, in §. si eius cum alijs infra hac eadem
l. nostra.
23 Ceterum re vera vt considerat Dominus
Spanocchius in d. particula 9. nu. 4. potius cen-
senda est hæc enumeratio, quædam multorum
casuum, quibus testamenta facile rumpuntur
præteritione, successione, vel agnatione alicuius,
qui institutus vel exhæredatus non sit, quæ
24 diuisio posthumorum, secundum veram, &
propriam significationem vocabili; [illegible]
quam duo tantum genera sunt, vt docet Caius
lib. 2. inst. quem referunt nonnulli hic, & præ-
tertim Duar. in præludijs cap. de posthu. eorū
scilicet qui vel post mortem testatoris vere na-
scuntur vel post factum testamentum viuo ad-
huc testatore; Ceteri autem posthumorum lo-
25 co aptius esse dicuntur. §. posthumorum inst.
de exhæredatione liber. cum posthumi nomen
non bene cadere videatur in eos, quos in rebus
humanis esse certum est l. nomen filiarum ff. de
verb. sign.; dicimus ergo non impropie
posthumos esse, qui post mortem testatoris, vel
post conditum testamentum vere nascuntur,
non autem alios, quos tamen posthumorum
loco esse admittimus. De his ergo posthu-
mis in primis a nobis agendum est.
26 Sed vt ad secundam q. de posthumi nota-
tione veniamus, Dicti sunt posthumi, quasi
post humatum patrem nati vt tradit Azzo in
summa C. eodem num. 1. & Accursius ad l. 3.
§. 1. tit. poximo, & docent hic dd. omnes, &
præsertim Duar. in d. c. de posth. nec non Pe-
trus Rebuff. in d. l. nomen filiarum, & Petrus
Gregorius Tholos. in syntag. iur. vniu. p. 2. lib.
27 10. c. 3. nu 4. Quemadmodum proculus dicitur
patre quasi procul a patria existente natus, vt
per Ioan. Ronchegal. in prin. inst. de bon. poss.
nu. 27. vel posthumus dicitur quasi postea hu-
manatus id est homo factus vt explicat Fortu-
nius Garzias hic nu. 96. Ioannes Bolog. in rub.
supra h. eod. tit. nu. 20. in fine, quā notationē pro
bat in d. rub. etiam Dominus Spanocchius
part. 8. nu. 14. Aut dictus est posthumus quasi
tunc natus non sit, sed nasciturus sit postea, se-
cundum quam explicationem non esset verbū
compositum ex duobus simplicibus, nempe
post, & humus, sed formatum à sola dictione
post productam per part. vmus, nihil significan-
tem, gratia melioris soni iuxta declarationem
28 Iac. Cuiac. lib. 3. suarum obseru. c. 4. Sed quia
non satis constat inter interpretes, nunquid à
sola dictione, post formatum sit huiusmodi vo
cabulum, vel ex duobus simplicibus composi-
tum, idcirco hoc ipsum liber paucis inquestio-
29 nem vocare, id quod non fiet omnino inutili-
ter, cum ab etymologia, seu notatione vocabu-
li pendeat eiusdē vocabuli proprietas, de qua in
fra latius agendum est: occasione igitur huius
secundæ quæstionis detribus dubitabimus.

Primū an posthumus, sit vox composita ex
duobus simplicibus, nempe ex post, & humo,
vel a sola dictione, post, formata, particula, v-
mus, non vt aliquid significet, sed per quandā
productionem gratia melioris soni.

Secundò, an qui nascitur post conditū testa-
mentum viuente patre, sit propriè posthumus.

Tertiò, an statutum, loquens de posthumis,
habeat locum in eo, qui nascitur post conditum
testamentum testatore viuente.

Redeundo igitur ad primum articulum, fu-
tura est breuis disputatio, vtrum in verbo, po-
sthumus, non nisi post, notandum sit, ita vt, v-
mus, sit productio quædā verbi; vel dicta sit
hæc vox a post, & humo, & sic ex duobus sim-
plicibus composita. Qua in re duæ, & pu-
gnantes sunt dd. sententiæ; quarum altera est
Iac. Cuiac. lib. 3. suarum obseru. c. 4. existi-
mantis posthumum, dictū esse à sola dictione,
post,

post, producta, vt s. diximus, & huic opinioni subscribit, et D. Spanocchius in rub. supra h. t. part. 8. num. 7. & pluribus hęc opinio comprobari potest.

30 Primùm autem ad mentem Cuiac. sic posfumus arg. ita se habet verbum posthumus, ad post. & vmus, pro vt se habet, post liminiū,
31 ad post, & liminium, sed verbū post liminium, dictum est solummodò adictione, post, ita vt, liminium sit simplex eiusdem verbi producti, gratia melioris soni vt docuit Seruius I.C. cuius sententiam refert, & probat M. Tullius in Topicis; ergo verbum quoque posthumus formatum est à sola voce, post, per part. vmus nihil significantem producta, quemadmodum,
32 antimus, extimus, finitimus, legitimus, æditimus, & similia per particulam, timus.

33 2. Ita virtute idem Cuiac. arg. si dictio, posthumus esset composita ex post, & humo, posthumus scriberetur cum aspiratione, quemadmodum humus, at cum aspiratione scribi non debet; igitur posthumus non est dictus à post, & humo, sed à post, duntaxat, dictione producta per part. vmus. Minorem probat Cuiac. inprimis autoritate pandectarum florētinarum, in quibus perpetuò, vt ipse testatur, hæc vox sine aspiratione scripta reperitur 2. idem probat autoritate Sygonij, qui de hac voce in Liuio aspirationem sustulit, & ex veteribus libris, lapidibusq; mendosam cum aspiratione scriptionem emendauit 3. quia apud Grecos quoq; scriptū reperiatur ποστοῦμος, non autem ποσθοῦμος, vt obseruare est; licet Cuiac. nihil alleget, apud Theophilum in § posthumi quoq; & in §. posthumorum inst. de exhæredatione liber. quapropter ijs autoritatibus motus, hortatur nos Cuiac. in d. c. 4. vt posthumum sine aspiratione inposterum scribamus.

34 3. Ita argumētatur si posthumus diceretur, quasi post humatum patrem natus, necesse esset vt aliquid in se hoc vocabulum contineret, quod potius humationem patris, quàm alterius denotaret; at nihil tale continet, cum non minus ad humationem parentis, quam alterius referri possit, igitur non dicitur posthumus, quasi post humatum patrem natus, sed quasi postea natus, vt videtur interpretari etiam in l. si heres vnus supra famil. ercisc. in fine, dū dicit, ideq; obseruandum, si postea natus sit posthumus, vt considerat etiam Dominus Spanocchius in dicta part. 8. nu. 10.

35 4. Si posthumus diceretur, quasi post humatum patrem natus, sequeretur, vt qui viuente adhuc patre, post conditum tamen testamentū, nasceretur, non posset appellari posthumus, At passim post conditum testamentorum natus, reperitur simpliciter posthumus appellatus, vt patet in l. posthuma s. hoc eodem tit. in l. si ita facta, in l. posthumus in princ. ȷ̃ tit. proximo, & alibi passim, vt latius videbimus in sequenti articulo, igitur posthumus non dicitur quasi post humatum patrem natus.

36 5. Si posthumi dicti essent a post, & humo, quasi post mortuum, & humatum patrem nati, nulli posthumi nepotes darentur, nec posthumi matris; at hoc consequens est falsum, quia dantur posthumi nepotes, vt patet in tex. nostro, & in l. quod si nepotes supra de testam. tut, et ȷ̃. cū Bart. et DD. opportunius docebimus, dantur etiam posthumi respectu matris, qui ex cęso ventre matris extrahuntur l. posthumus supra de inofficioso testamēto, igitur falsū est et illud, vnde hoc sequitur, & consequenter posthumos dictos esse, quasi post humatum patrem natos.

37 6. Omissis alijs leuioribus Iac. Cuiac. virtute ita arguit; si posthumi non essent dicti simpliciter quasi postea nati, non appellarentur posteriores, & verbum, posthumare, non significaret simpliciter aliquid posterius fieri; at posthumi, appellantur posteriores, & sic quasi postea nati, vt patet in l. 3. §. 1. tit. prox. & verbum posthumare, significat simpliciter quid postea fieri, vt obseruat Cuiac. apud Tertul. de resurrectione carn. vbi inquit, omnis consummatio; atque perfectio, & si ordine posthumat. i. postea sequitur, effectu anticipat, & in libro aduersus Valentinianum, inquit, Sunt qui nec principatum Bythio defendāt, sed posthumatum, id est, posterioritatem infimā, & in lib. contra Gnosticos, quæ cauda erit, quodcunq; de posthumo corporis prorogatur, idest de posteriore parte corporis, & Apuleius in Apologia prima, quāquā est iam præcipiti AEuo, & occidua senectute, tamen, & si videtur suscipiat doctrinam seram planè, & posthumam, id est posteriorem, vel vltimam, & proinde Cuiac. in illo Vergilij loco, ab Aulo Gellio relato lib. 2. c. 16. & ab Alciato lib. 8. Parergon iuris ciuilis c. 3. non putat reiciendam Casellij Vindicis interpretationem explicantis, tua posthuma proles, id est postremò loco nata, igitur posthumi dicti sunt simpliciter quasi postea nati, non autem quasi nati post humatum patrem.

His tamen argumentis, & similibus minimè negocium facientibus, in contrariam sententiā iuit Azo in summa C. eodem num. 1. Accursius in l. 3. in vers. duntaxat ȷ̃. tit. prox. & in

filius, qui arrogatur post conditum testamentum, de quo init. in prin. quibus mod. testamenta infirm. & filij naturales, qui post conditum testamentum efficiuntur legittimi, iuxta §. generaliter in auth. quibus modis naturales efficiantur sui, docent Bald. & Alex. nu. 3. ad rub. h. cod. tit. nec non nepotes, qui post conditum testamentum, patre emancipato, efficiuntur in primo gradu patriæ potestatis, auo testatori emancipanti, iuxta tex. in §. prætetea inst. quibus modis ius patriæ potestatis soluitur.

21 Ficte vero natus sine facto testatoris est veluti is, qui mortuo auo post testamentum conditũ fit in potestate patris militis testatoris ut in l. filius a patre § 1. h. eod. tit. nec non, qui mortuo proprio patre incipit esse suus hæres auo, post conditum testamentum, de quo in §. posthumorum inst. de exhæredatione liber. & in l. posthumorum infra tit. proximo; item filij, qui post conditum testamentum apud hostes nascuntur, & reuertuntur, vel nascuntur ante testamentum, sed post testamentum conditum reuertuntur, nam tunc redeuntes efficiuntur sui, quasi nasci videantur, qua ratione plures etiam alios id genus.

Posthumos considerari posse censuit idem Bolognet. vbicunq; scilicet aliquo ab hostibus capto, in seruitute moriente, vel redeunte noua persona ius suitatis assumit, quod multifariam contingere potest; & de eiusmodi posthumis habetur, in §. si eius cum alijs infra hac eadem l. nostra.

23 Ceterum re vera vt considerat Dominus Spanocchius in d. particula 9. nu. 4. potius censenda est hæc enumeratio, quædam multorum casuum, quibus testamenta facile rumpuntur prætert ione, succeſſione, vel agnatione al[illegible], qui institutus vel ex hæredatus non fit, [illegible]

24 diuiſio posthumorum, secundum veram, [illegible] propriam significationem vocabili; [illegible] quam duo tantum genera sunt, vt docet Caius lib. 2. inst. quem referunt nonnulli hic, & præsertim Duar. in præludijs cap. de posthu. eorũ scilicet qui vel post mortem testatoris vere nascentur vel post factum testamentum viuo adhuc testatore; Cæteri autem posthumorum lo-

25 co aptius esse dicuntur. §. posthumorum inst. de exhæredatione liber. cum posthumi nomen non bene cadere videatur in eos, quos in rebus humanis esse certum est l. nomen filiarum ff. de verb. sign; dicimus ergo non impropie posthumos esse, qui post mortem testatoris, vel post conditum testamentum verè nascuntur, non autem alios, quos tamen posthumorum loco esse admitti mus. De his ergo posthumis in primis a nobis agendum est.

26 Sed vt ad secundam q. de posthumi notatione veniamus, Dicti sunt posthumi, quasi post humatum patrem nati vt tradit Azzo in summa C. eodem num. 1. & Accursius ad l. 3. §. 1. tit. proximo, & docent hic dd. omnes, & præsertim Duar. in d. c. de posth. nec non Petrus Reboff. in d. l. nomen filiarum, & Petrus Gregorius Tholos. in syntag. iur. vniu. p. 2. lib.

27 10. c. 3. nu 4. Quemadmodum proculus dicitur patre quasi procul a patria existente natus, vt per Ioan. Ronchegal. in prin. inst. de bon. poss. nu. 27. vel posthumus dicitur quasi postea humanatus id est homo factus vt explicat Fortunius Garzias hic nu. 96. Ioannes Bolog. in rub. supra h. eod. tit. nu. 20. in fine, quã notationẽ probat in d. rub. etiam Dominus Spanocchius part. 8. nu. 14. Aut dictus est posthumus quasi tunc natus non sit, sed nasciturus sit postea, secundum quam explicationem non esset verbũ compositum ex duobus simplicibus, nempe post, & humus, sed formatum à sola dictione post productam per part. vmus, nihil significantem, gratia melioris soni iuxta declarationem

28 Iac. Cuiac. lib. 3. suarum obseru. c. 4. Sed quia non satis constat inter interpræres, nunquid à sola dictione, post formatum sit huiusmodi vocabulum, vel ex duobus simplicibus compositum, idcirco hoc ipsum liber paucis inquestio-

29 nem vocare, id quod non fiet omnino inutiliter, cum ab etymologia, seu notatione vocabuli pendeat eiusdẽ vocabuli proprietas, de qua infra latius agendam est: occasione igitur huius secundæ quæstionis detribus dubitabimus.

Primũ an posthumus, sit vox composita ex duobus simplicibus, nempe ex post, & humo, vel a sola dictione, post, formata, particula, vmus, non vt aliquid significet, sed per quandã productionem gratia melioris soni.

Secundò, an qui nascitur post conditũ testamentum viuente patre, sit propriè posthumus.

Tertiò, an statutum, loquens de posthumis, habeat locum in eo, qui nascitur post conditum testamentum testatore viuente.

Redeundo igitur ad primum articulum, futura est breuis disputatio, vtrum in verbo, posthumus, non nisi post, notandum sit, ita vt, vmus, sit productio quædã verbi; vel dicta sit hæc vox a post, & humo, & sic ex duobus simplicibus composita. Qua in re duæ, & pugnantes sunt dd. sententiæ; quarum altera est Iac. Cuiac. lib. 3. suarum obseru. c. 4. existimantis posthumum, dictũ esse à sola dictione,

post,

post, producta, vt s. diximus, & huic opinioni subscribit, et D. Spanocchius in rub. supra h. t. part. 8. num. 7. & pluribus hęc opinio comprobari potest.

30 Primùm autem ad mentem Cuiac. sic possumus arg. ita se habet verbum posthumus, ad post, & vmus, pro vt se habet, post liminiũ,
31 ad post, & liminium, sed verbũ post liminium, dictum est solummodò adiectione, post, ita vt, liminium sit simplex eiusdem verbi producti, gratia melioris soni vt docuit Seruius I.C. cuius sententiam refert, & probat M. Tullius in Topicis; ergo verbum quoque posthumus formatum est à sola voce, post, per part. vmus nihil significantem producta, quemadmodum,
32 antimus, extimus, finitimus, legitimus, æditimus, & similia per particulam, timus.

33 2. Ita virtute idem Cuiac. arg. si dictio, posthumus esset composita ex post, & humo, posthumus scriberetur cum aspiratione, quemadmodum humus, at cum aspiratione scribi non debet; igitur posthumus non est dictus à post, & humo, sed à post, duntaxat, dictione producta per part. vmus. Minorem probat Cuiac. inprimis autoritate pandectarum florẽtinarum, in quibus perpetuò, vt ipse testatur, hæc vox sine aspiratione scripta reperitur 2. idem probat autoritate Sygonij, qui de hac voce in Liuio aspirationem sustulit, & ex veteribus libris, lapidibusq; mendosam cum aspiratione scriptionem emendauit 3. quia apud Gręcos quoq; scriptũ reperiatur ποστοῦμο, non autem ποστοῦμε, vt obseruare est; licet Cuiac. nihil alleget, apud Theophilum in § posthumi quoq; & in §. posthumorum inst. de exhæredatione liber. quapropter ijs autoritatibus motus, hortatur nos Cuiac. in d. c. 4. vt posthumum sine aspiratione inposterum scribamus.

34 3. Ita argumẽtãtur si posthumus diceretur, quasi post humatum patrem natus, necesse esset vt aliquid in se hoc vocabulum contineret, quod potius humationem patris, quàm alterius denotaret; at nihil tale continet, cum non minus ad humationem parentis, quam alterius referri possit, igitur non dicitur posthumus, quasi post humatum patrem natus, sed quasi postea natus, vt videtur interpretari etiam in l. si hęres vnus supra famil. ercisc. in fine, dũ dicit, ideq; obseruandum, si postea natus sit posthumus, vt considerat etiam Dominus Spanocchius in dicta part. 8. nu. 10.

35 4. Si posthumus diceretur, quasi post humatum patrem natus, sequeretur, vt qui viuente adhuc patre, post conditum tamen testamentũ, nasceretur, non posset appellari posthumus, At passim post conditum testamentum natus, reperitur simpliciter posthumus appellatus, vt patet in l. posthuma s. hoc eodem tit. in l. si ita facta, in l. posthumus in princ. ꝟ tit. proximo, & alibi passim, vt latius videbimus in sequenti articulo, igitur posthumus non dicitur quasi post humatum patrem natus.

36 5. Si posthumi dicti essent a post, & humo, quasi post mortuum, & humatum patrem nati, nulli posthumi nepotes darentur, nec posthumi matris; at hoc consequens est falsum, quia dantur posthumi nepotes, vt patet in tex. nostro, & in l. quod si nepotes supra de testam. tut. et ꝟ. cũ Bart. et DD. opportunius docebimus, dantur etiam posthumi respectu matris, qui ex cęso ventre matris extrahuntur l. posthumus supra de inofficioso testamẽto, igitur falsũ est et illud, vnde hoc sequitur, & consequenter posthumos dictos esse, quasi post humatum patrem natos.

37 6. Omissis alijs leuioribus Iac. Cuiac. virtute ita arguit; si posthumi non essent dicti simpliciter quasi postea nati, non appellarentur posteriores, & verbum, posthumare, non significaret simpliciter aliquid posterius fieri; at posthumi, appellantur posteriores, & sic quasi postea nati, vt patet in l. 3. §. 1. tit. prox. & verbum posthumare, significat simpliciter quod postea fieri, vt obseruat Cuiac. apud Tertul. de resurectione carn. vbi inquit, omnis consummatio; atque perfectio, & si ordine posthomat. i. postea sequitur, effectu anticipat, & in libro aduersus Valentinianum, inquit, Sunt qui nec principatum Bythio defendãt, sed posthumatum, id est, posterioritatem infimã, & in lib. contra Gnosticos, quæ cauda erit, quodcunq; de posthumo corporis prorogatur, idest de posteriore parte corporis, & Apuleius in Apologia prima, quãquã est iam præcipiti AEuo, & occidua senectute, tamen, & si videtur suscipiat doctrinam seram planè, & posthumam, id est posteriorem, vel vltimam, & proinde Cuiac. in illo Vergilij loco, ab Aulo Gellio relato lib. 2. c. 16. & ab Alciato lib. 8. Parergon iuris ciuilis c. 13. non putat reijciendam Casellij Vindicis interpretationem explicantis, tua posthuma proles, id est postremò loco nata, igitur posthumi dicti sunt simpliciter quasi postea nati, non autem quasi nati post humatum patrem.

His tamen argumentis, & similibus minimè negocium facientibus, in contrariam sententiã iuit Azo in summa C. eodem num. 1. Accursius in l. 3. in verf. duntaxat ꝟ. tit. prox. & in

§ ita demum vers. posthumi, inst. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur, & hanc opinionẽ dicit à Gramaticis receptã, Ioan. Ronchegal. in prin. inst. de bon. poss. nu. 27. & hanc sententiam, vt vno verbo dicam, sequuntur communiter vno ore omnes interpræetes hic, & alibi excepto Cuiac. in d. c. 4. qui tamen alibi fatetur sequutum esse communem sententiam, & D. Spanochius in Rub. S. eod. loco præallegato; vbi tamen nec absolute commuoem notationem improbat, quicquid sit, communem hanc opinionem, quam veriorem esse arbitror, vno vel altero argumento facilè comprobabo.

38 Primum igitur eam ita probo, si posthumus non diceretur quasi post humationem patris natus, sed a simplici voce, post, producta, iuxta sententiam Cuiac. non deberet hæc vox cum aspirattone, scribi, sed, cum communiter, tam in iure nostro, quàm apud omnes latinos scriptores repetiatur cum aspirattone scripta, sine dubio, quicquid dixerit Cuiac. cum eadem aspiratione scribi debet, iuxta vulgatam lectionem bonarum literarum auctorum, igitur posthumus dicitur quasi post humatum patrem natus.

39 2. Si posthumus non esset dictus à post, & humo, quasi post humatum patrem natus, illi filij, qui nascuntur viuente patre post conditum testamentum, dicerentur, & essent proprij, & veri posthumi, sed tales liberi nati post conditũ testamentum, licet sint postea nati; proprij tamen, & veri posthumi non sunt, vt probatur optime in d. l. 3. ff. tit. proximo, & est communis opinio, vt de communi testatur Soc. Iun. hic nu. 43. & nos latius docebimus in sequenti art. ergo posthumus dicitur, quasi post humatum patrem natus, non autem à sola dictione, post, quasi simpliciter postea natus.

40 3. Et vltimo ita argumentor, illa in dubio cuiuscunq; vocabuli notatio, & etymologia admittenda est, quæ omnes vocabuli partes explicat, argumento §. si ab hostibus inst. quibus modis ius patriæ potestatis soluitur, at notatio, quæ habet posthumum dictum esse à post, & humo omnes vocabuli partes, quasi quoddam veri loquium, interpretatur, & explicat, igitur in hac dubitatione communis hæc notatio, & etymologia admittenda est, vt posthumus scilicet dicatur quasi post humatum patrem natus.

41 Non obstant nunc contraria, & præsertim primum argumentum quia falsum est in verbo postliminium, nihil significare, sed esse simplicem productionem particulę, post, contrarium enim tenuit Scęuola I. C. cuius sententiam approbauit Iust. in §. si ab hostibus inst. quibus mod. ius pa. potest. dissoluitur, vbi statuit dictum esse post liminium, à limine, & post, & interpretatur postliminio reuersum, idest, ad idem limen, quod amiserat, nec M. T. qui in Topicis vtranq; notationem refert, hanc Scęuolæ improbat, primum ergo argumentum potius inpropium autorem reflectitur.

Nec obstat 2. argumentum, falsa est enim eius minor, quia imo posthumus non debet sine aspiratione scribi, ita suadente communi omnium latinorum librorum lectione; Nec obstat autoritas Pandectarum, Florentinarum in contrarium adducta, quia scriptor dictarum Pandectarum, quemadmodum alias diximus, erat omnino ignarus omnis orthographiæ, & rationis rectè latine scribendi, hinc etiam sine punctis, & comis eas conscripsit, & verbum cũ verbo ita confudit, vt non nisi ab intelligentibus, & doctis uiris distingui possint; qua in re sine dubio dictum scriptorem, haud quaquam immitari debemus, Nec est alicuius momenti Sygonij autoritas, qui non magis debuit moueri quorundam antiquorum Codicum, & lapidum autoritate, quàm communi lectione, præsertim cum aspirationis vsus, aut nullus, aut modicus esset, etiam in alijs vocabulis, apud antiquos latinos, vt docet Ioan. Pont. in suo tract. de aspiratione; Nec facit negocium illud, quod dicebat Cuiac. apud Græcos quoq; ποστοῦμος sine aspiratione scribi, quia re vera, quicquid ipse dixerit ποστοῦμος vox græca non est sed latina, licenter à Theophilo cum græca terminatione vsurpata, quemadmodum fecit etiam in pluribus alijs latinis vocabulis, vt nullo negocio græcarum literarum periti in suis possunt inst. obseruare, quinimmo nec, post, dictio græca est; non potuit generatio produci, & ex, post, fieri ποστοῦμος.

Nec obstat tertium, quia falsa est eius minor, negamus enim necessarium esse, ad hoc vt posthumus dicatur a post, & humo, vt contineat aliquid, quod potius humationem patris, quàm alterius significet, nam dum dicimus posthumum dictum esse quasi natum post humatum patrem, ponimus patrem, gratia exempli, non autem vt à posthumi appellatione excludamus, qui nascuntur post humationem alterius, ad quem referuntur, cũ posthumi sint multiplices, nempe, sui, alieni, extranei, & extranei sunt, aut agnati, aut cognati, aut neutro iure coniuncti, vt docet etiam Cuiac. hic & nos latius ff. docebimus in 6. quest. de posthumo. Nec facit negotium d. l. si hæres quia falsum est ibi referri posthumum ad victoriam cohæredis, non ad

mortem

mortem patris; propterea quòd ibi iam pater mortuus erat, sed quoniam I.C. volebat ex primere dictum filium, non modo esse natum post mortem patris, sed etiam post victoriam cohęredis, dixit, idemq; obseruandum, si postea natus sit posthumus, alioquin, nisi per illam dictionē, postea, significare hoc voluisset; fuisset I.C. omnino superfluus, cum per eundem Cuiaciū & per Dominum Spanocchium dictio, postumus, includat illud, postea, relatum ad mortem vel ad aliud; nec ibi ponit I.C. dictionem postea, vt explicet illud verbum, vt constat ex modo loquendi, sed vt recēseat ordinem facti, prout accidit.

41 Non obstat 4. quia tūc esset alicuius roboris, quando filius natus post cōditū testamentū esset propriè, & verè posthumus, sed negamus, talem natum post conditum testamentum propriè posthumum esse, & in contrarium est communis opinio, vt modo dicebamus. Hinc frequētius latini scriptores, vt Plutarcus, Vlpianus, Caius, Sextus Pompeius, Varro, quos refert Cuiac. in d.c. 4. natum post mortem patris dumtaxat posthumum appellant, & quatenus in iure nostro satis frequenter posthumus appellatus reperitur post conditum testamentum viuente patre natus, hoc factum est non ex propria verbi signific, sed per translationem ductam à necessitate, vt dicunt Rhetores, deficiente vocabulo, quod significet post testamentum natum, quemadmodum receptum fuit, vt diceretur equitare, qui asino insideret, vt latius docebimus, in sequenti articulo.

43 Secundum quoque argumentum facile soluitur, quia falsa est illa consequentia, quam faciebamus in maiore, nempe si posthumi dicti essent à post, & humo, quasi post tumulationem patris nati, non darentur posthumi nepotes, matris posthumi, & similes, quia non dicimus originem huius vocabuli ductam esse ab illa voce patris, sed ab humo, & post, & quia refertur ad humationem alicuius; exemplum autem quod afferunt OD. in patre, quia est frequentius, & magis commune, non ideo excludit, quin posthumus dicatur etiam, qui nascitur post mortem aui, matris vel alterius, vt s̄ dicebamus, præterquam quòd non desunt etiam qui credunt nepotes post aui mortem natos, non omnino propriè posthumos esse, vt infra cum glo. Bart. & Doctoribus opportunius videbimus.

44 Nec obstat sextum & vltimum argumentum quia falsa est illius maior, non tenet enim, hęc sequela, si posthumi dicerentur quasi post humatum patrem nati, non appellarentur simpliciter posteriores, propterea quod non est inconueniens, vt species accipiat nomen generis l. si quid earum §. interemptum de legatis 3. omnes enim posthumi sunt posteriores, sed nō omnes posteriores, posthumi; Præterea ibi, ideo Iuris Consultus appellauit posteriores, quia locutus fuerat de posthumis propriè, qui nascuntur post mortem patris, & de his qui post conditum testamentum nascuntur, qui non ita propriè posthumi dicuntur, & ideo, vt vtrumq; genus communi nomine comprehenderet posteriores appellauit, cum vterq; ęquè propriè posterioris appellationē recipiat, nō autē posthumi Nec obstat q̄ dicitur de verbo posthumare, & de alijs similibus, quia, quatenus referuntur ad id q̄ posteriore loco fit, sine aliqua relatione ad mortem, vsurpantur non propriè, sed per tran-

45 slationem, à verbis autem translatis ad propria non possumus argumentum sumere, cum per translationem inducatur æquiuocatio, & multiplicatio significationum vltra primæuam significationem, & propriam, & argumentum à coniungatis in æquiuocis non valeat.

46 Nunc autem succedit secunda disputatio, an filius natus post conditum testamentum, ante mortem patris, sit proprie posthumus

47 Pro intelligentia igitur huius quæstionis, libet ad notare propriè quid, duobus modis dici, vno modo prout proprium distinguitur à communi, secundum quam acceptionem, dicimus, hominem proprie risibilem esse, quia hanc qualitatem cum cæteris animantibus non comunicat, & de hac proprietate, quæ multiplex est, vt docet porphirius in suis vniuersalibus.c, de proprio, non intelligitur quæstio nostra, secundo autem loco dicitur aliquid proprium esse pro vt distinguitur ab improprio, quod est vitium in oratione, & de hac proprietate vocabuli, de qua loquitur latè Andreas Alciatus

48 libro 1. de verb. significatione in prin. intelligitur questio nostra. Sumitur autem hęc proprietas à triplici fonte nempe, à definitione, ab ethymologia, & deriuatione, & ab autoritate ut docet Bart. in l. omnes populi s̄ de iust. & iure num. 59. & quia adhuc proprietas in ipsis uocabulis duobus modis consideratur à Grammaticis, primum scilicet pro ut distinguitur nomen proprium ab appellatiuo, secundum quam acceptionem nomen proprium dicitur esse, quod uni soli conuenit, ut Philippus, sciendum est quęstionem nostram de hac proprietate non esse intelligendam, quia sine dubio hoc

49 nomen posthumus, appellatiuum nomen est, non autem

non autem proprium, Secunda autem proprietas vocabulorũ illa est, vt dicebamus, quæ contradistinguitur ab impropietate, & de hac intelligenda est nostra disputatio. Quærimus ergò; an natus ante mortem patris post conditum testamentũm, secundum proprietatem latini sermonis fluentem ex tribus fontibus, de quibus suprà, possit dici posthumus,

In proposita igitur disputatione reperiuntur DD. diuisi de more in contrarias classes; aliqui enim opinantur natos viuente patre post conditum testamentum esse verè, & propriè posthumos, & hanc opinionem adscribit inprimis Io. Bolog. Alex. qui, re uera, hanc opinionem non tenet hic, sed contrarium notat sub nu. 5. referens tamen se ad ea, quæ dixit in rub. suprah. eod. t. vbi sub n. 5. dubitat, nõ autẽ firmat hanc sententiam; eam tamen amplectitur hic Fortunius Garzias nu. 95. cum seq. & in eandem inclinare videtur Io. Bolog. nu. 155. & acerrimè eam defendit D. Spanocchius in rub. supra h. eod. t. part. 9. & Io. Ronchegal. in prin. insti. de bon. poss. nu. 3 t. tenuit etiam Bart. in l. posthumorum in prima lect. Codi. de bon. poss. contra tabulas, probat etiam hanc sententiam Iac. Cuiac. lib. 3. suarum obseru. c. 4. pro qua plura afferuntur.

50 Primum autem, paucis plura perstringendo, ita virtute argumẽtatur, illud est propriè, & verè tale, quod simpliciter, & sine aliqua nota impropietatis, ex frequẽti vsu peritorum, dicitur tale, cùm proprietas sumatur potissimùm ab auctoritate peritorum, vt est doctrina Bart. commu-
51 niter approbata in d. l. omnes populi s. de iust. & iure nu. 59. cùmq; vsus proprietatem verbis tribuat. quos hostes ∫. de verb. sign. tradit Petrus Rebuffus ad rub. eodem tit. faciunt tradita per Alciat. lib. 2. de verb. signific. nu. 27. vbi virtutem communis vsus.

Quem penes arbitriũ est, uis, & norma loquẽdi. (Vt inquit Liuycus) pluribus verbis ostendit ex sententia Marcus Tullius Quintilianus, & alio
52 rum, tradit etiam Excellentissimus Dominus Io. Baptista Costa, in suo eleganti tract. de retroacta ationibus, seu de fictione translatiua, regula sexta ad caput 2. numero 11. At ex communi vsu peritorum, filius, qui nascitur uiuente patre post conditum testamentum simpliciter, passim, & sine aliqua nota impropietatis posth. appellatur, ut in l. posthuma supra eod. t. in l. si ita facta, in l. posthumus in prin. infra tit. prox. in l. si quis filiabus, in l. si quis ita in fine s. de testam, tut. in l. si filius fam. ∫. de mil. testamẽto, in l. 1. & l. fin. C. de posth. hæred. instit. & alijs in locis innumeris, igitur qui nascitur post conditum testamentum uiuente adhuc patre, & uerè, est propriè posthumus.

53 Secundò loco pro hac eadem opinione ita argumentantur, is qui appellatione posthumi comprehenditur etiam in odiosa dispositione, necesse est ut sit uerus, et proprius posthumus,
54 cùm dispositiones odiosę restringantur ad eos, qui uerbis proprijs comprehenduntur dumtaxat, argumento l. cũ quidã supra hoc eod. tit. nostro. & c. odia de reg. iur. lib. 6. at qui nascitur post conditum testamentum uiuente ad-
55 huc parente testatore, comprehenditur appellatione posthumi etiam in dispositione odiosa, igitur talis nascens post conditum testamentum uiuente patre, est propriè, & uere posthumus, minor probatur, quia dispositio testatoris comprehendens exhęredationem sine dubio est odiosa d. l. cum quidam, si tamen quis posthu-
56 mum simpliciter ex hæredem faciat talis exhæredatio comprehendit etiam eum, qui nascitur post conditum testamentum uiuente adhuc
57 patre tex. est apertus in l. 3. §. nominatim ∫. tit. prox. nec dicas cum Iac. illud procedere fauore testamenti, argumento l. si ita facta ∫. tit. proximo, quia quemadmodum considerat Io. Bolog.
58 hic nu. 153. fauor testamenti attenditur, quando concurrit cum fauore filiorum, sed ubicũq; est separatus a filiorum fauore, uel contradicit præualet filiorũ fauor l. 2. & l. cum quidã supra
59 h. eod. t. tradit Decius ad l. posthumo de bon. poss. contra tabulas. Hinc exhæredatio ex quolibet minimo defectu corruit, & unà cum ea testamentum, cuius fauori semper præfertur filiorum fauor l. 3. supra h. eod. t. §. in omnibus ∫. haceadem l. nostra.

60 Tertiò, ad mentem DD. ita possumus arg. si is, qui nascitur post conditum testamentum patre adhuc uiuente non esset propriè posthumus, non comprehenderetur sub dispositione, quę impropriam interpretationem non pati-
61 tur; sed comprehenditur; igitur est propriè & uerè posthumus; probatur minor, per tex. in l. si quis ita §. fin. s. de testament. tut. ubi si da-
62 tur tutor filijs, non ueniunt nepotes, quia non sunt propriè filij, & sic impropriam interpretationem non admittit, si tamen datur tutor po
63 sthumis, datus intelligitur, tàm natis post conditum testamentum, patre adhuc uiuente, quã natis post eiusdem mortem d. §. fin. & l. quid si nepotes eod. tit. de testam. tut.

64 Quartò, & ultimò omissis alijs, nomen generis competit propriè omnibus suis speciebus l. si quid earum §. interemptum de legat. 3. cum similibus

similibus, at hoc nomen, posthumus, ē nomen
65 generis ad eum, qui nascitur uiuente patre post
conditum testamentum; igitur tali nascēti post
conditum testamentum, ante patris mortem po
sthumi nomen, & appellatio propriè competit;
minor probatur autoritate Caij I. C. lib. 2. sua-
rum inst. in tit. de exhæredatione liber. ubi, in-
quit, posthumorum duo genera sunt, quia po-
sthumi appellantur ij, qui post patris mortem
de uxore nati fuerint, & illi, qui post testamentū
factum nascuntur, videtur concordare tex. in
d. l. 3. in §. nominatim, & in d. l. si quis ita §. fin.
facit etiam rub. nostra, quę quatenus inscribitur
de liberis, & posth. non minus refertur ad po-
sthumos, qui nascuntur post conditum testa-
66 mentum, de quibus passim agitur, & præter-
rim in l. nostra; debet ergo eos, ut uulgo di-
cunt, pariformiter determinare per regulam
l. iam hoc iure infra de uulg. & pupil.

His tamen argumentis, & similibus nego-
cium non facientibus, in contrariam opinionē
iuit Azzo in sua summa C. eod. nu. 1. & 2. Ac-
cursius hic in uerbo posthumos, sequitur Bart.
nu. 2. & 7. Ias. nu. 9. & latius nu. 50. Rui. nu. 29.
Mar. Salam. nu. 20. Emilius Perottus nu. 7. Lan-
cellotus Galiaula nu. 25. cum sequentibus, &
Socin. iun. num. 41. necnon Alc. in fortioribus
terminis nu. 42. sentit enim ipse, nullo modo,
nec impropriè quidem esse posthumum eum,
qui non nascitur, post mortem parentis, & hæc
est communis, & receptissima DD. opinio hic,
& in rub. supra, & C. eod. vt de communi testa-
tur Soc. iun. hic nu 43. & Thob. Noni, qui ean-
dem sequitur in § posthumorum inst. de exhę-
redatione liber. nu. 13. & pro hac quoq; opinio-
ne plura afferuntur argumenta; ego tamen, stu-
dendo breuitati, eligam potiora.

67 Primum igitur pro hac opinione, ad men-
tem DD. ita argumentor, is propriè posthumus
dici non potest, cui posthumi notatio, & ety-
mologia non potest accomodari l. plebs §. pi-
gnus ff. de verb. significatione; est Theorica
Bart. ad d. l. omnes populi de Iust. iure nu. 59.
at ei, qui natus viuente patre, licet post conditū
testamentum posthumi etymologia accomoda
ri non potest, cum post humatum patrem na-
tus non sit, igitur non est propriè posthumus,
nec dicas illam non esse posthumi etymologiā,
quia contrarium probauimus in præcedenti ar-
ticulo, nec admittenda est explicatio Fortunij
68 hic nu. 96. dicentis, posthumum dictum esse,
quasi postea humanatum, quia præterquam
quòd nimium corrumpit verbum, humus, quòd
format nomen hoc, posthumus, reddit etiam
notationem, & etymologiam nimis genera-
lem, secundum quam omnes, præter Adamum,
possent dici posthumi, & ideo illa dictio, hu-
mus, referenda est ad mortem patris, quæ cum
præcedit natiuitatem filij, efficit illum posthu-
mum; non autem ad filium ipsum; ita enim
faciunt communiter omnes DD. a quorum
opinione communiter recepta, non possumus
in hac disputatione recedere.

69 Secundò, pro hac eadem opinione adducitur
tex. in l. nomen filiarum infra de verb. signifi-
catione, vbi apertè dicit I. C. nomen posthumi
non cadere in eos, quos in rebus humanis esse
certum est, sed filius de quo loquimur est in
rebus humanis, viuente patre, igitur in eum
non bene, & sic eum vitio, & impropriè cadit
nomen posthumi. Nec tollit argumentum
consideratio Fortunij dicentis, satis esse vt in
humanis non sit tempore, conditi testamenti,
quia secundum hanc declarationem, saltem
postq; viuente patre esset natus, non amplius
propriè diceretur posthumus, & perinde esset,
ac si nunquam potuisset posthumus appellari,
cum tempore conditi testamenti, ideo quoquo-
modo recipiat posthumi appellationem, quia
tunc, cum sit possibile, vt nascatur post mortem
70 testatoris, est posthumus in potentia; posthu-
mus autē in potētia propriè posthumus non est.

71 Tertiò, & vltimo probat in terminis hanc
sententiam tex. in l. 3. §. 1. ff tit. prox, cui re
uera sine cauillo non potest responderi; inquit
enim tex. posthumos autem dicimus eos dun-
taxat, qui post mortem parentis nascuntur,
sed filij, de quibus loquimur, non nascuntur
post mortē patris, sed post conditum testamen-
tum, eo adhuc viuente; igitur tales filij non
sunt posthumi; & per hunc tex. concludit Alc.
impropriè quidem eos posthumos esse; nec
tollit uim huius cōcludentis argumenti, aliqua
ex responsionibus Domini Spanocchij in rub.
supra eodem part. 9. nu. 11. cum seq. & præser-
tim illa, qua satis probabiliter affirmat, dictio-
nem duntaxat recipere interpretationem à vers.
sequenti. neq; id repugnare dictioni taxatiuæ,
cum non sit nouum, vt taxatiuę, quoq; dictio-
nes supplementum recipiant, id quod probat
ipse per tex. in l. si alienum §. in extraneis ff. de
hæredibus inst. & in §. in extraneis inst. de hæ-
redum, qualit, & differentia; quibus in locis,
quāquā legislator requirit, vt duobus tantum
temporibus, sit cum scriptis hæredibus testa-
menti factio, tempore scilicet conditi testamen-
ti, & tempore mortis testatoris, tamen statim
addit, tertium quoq; tempus attendi debere 53.
que

quo aditur hæreditas; ita vt concludat expreſsè tria tempora inſpicienda; licet duo duntaxat
72 requiſiuerit; nam replicamus aduerſus eos con cedendo, vt dictio taxatiua poſſit recipere ſupplementum expreſſum ab eo, qui taxatiuè locutus eſt, vt in iuribus allegatis; negamus tamen poſſe nos ſupplere in dubio, cùm dictio taxatiua excludat alienas huiuſmodi interpre-
73 tationes, modò in d.l.3.§.1.C. non ſupplet dictionem taxatiuam, quia dicit eos, qui naſcuntur poſt mortem patris duntaxat poſthumos appellari, nec ſubdit eos quoq; qui naſcuntur poſt conditum teſtamentum poſthumorum recipere appellationem, ſed eos licet non dicantur poſthumi, cùm poſt mortem patris non naſcantur, ſi tamen nominatim exhæredentur, per l.Velleiam, prohiberi rumpere teſtamentū, quemadmodum prohibentur antiquo iure veri, & proprij poſthumi, ſi nominatim ſint exhæredati; tribuit ergo illis ibi l. C. effectum communem, non appellationem, & hanc eſſe veram, & germanam illius legis interpretatio-
74 nem conſtat ex eo, quia in d. verſ. vtitur dictione, ſed & quæ denotat diuerſitatem in facto, & identitatem in iure, l. talis ſcriptura in prin. verſ. ſed et in anniis de leg 1. notat Alber. in ſuo dictionario in verbo ſed & diuerſitas autem in facto eſt, quia vnus eſt poſthumus, alter vtique & ſic eſt; diuerſitas in appellatione; identitas autem in iure eſt; propterea quod idem iuris effectus, quod attinet ad rumpendum teſtamentum habet locum in vtroq; accedat quod quando Iuris Conſultus paulò infrà loquitur de natis, poſt conditum teſta-
75 mentum viuente patre, non appellat poſthumos; ne vnū, & idem verbum ponat quandoq; propriè, quandoq; impropriè, ſed vocat poſteriores ſecundū lectionem pandectarum florentinarum nec dicas cum eodem nouiſſimò ibi non agi de appellatione, & de nomine, ſed de iuris effectu; quia immò agitur de vtroq; quod conſtat ex verbis Iuris conſulti, dicentis, poſthumos autem dicimus eos duntaxat, & c. nec temerè diſpungenda eſt dictio, duntaxat, contra receptam lectionem, vt facere vellet idē nouiſſimus prætterea; & ſecundò ſine dictione, duntaxat, probat hanc ſententiam ille tex. ſi rectè perpendatur; dicit enim l. C. poſthumos autem dicimus eos, qui poſt mortem parentis naſcuntur: & ſic relatiuum, qui, reſtringit antecedens, ad eos ſecundum, qui poſt mortem patris naſcuntur, etiam ſine alia taxatione; deinde ſubdit, ſed, & hi, qui poſt teſtamentum factum in vita naſcuntur, qui ſcilicet poſthumi non dicuntur; ita demum per legem Velleam rumpere teſtamentum prohibentur, ſi nominatim ſint exhæredati, quemadmodum ſcilicet hi, qui naſcuntur poſt mortem patris, qui propriè poſthumi dicuntur, per hanc igitur legem potiſſimùm non puto recedendum a communi ſententia.

76 Non obſtant nunc contraria, & præſertim primum argumentum, quia illa maior, quæ habet eſſe propriè tale, quod vſu, & autoritate peritorum dicitur ſimpliciter tale, vera non eſt, vſus enim non inducit proprietatem, ſed fa-
77 cit ceſſare improprietatem; datur enim quoddam medium inter proprietatem, & improprietatem nempe modus loquendi metaphoricè, vel figuratiuè, vt colligitur ex Bart. in l. Labeo de ſupellect. legata nu. 4. tradit ex Quint. Alc. lib. 1. de verb. ſignificatione nu. 5. illud autem quod dicit Bart. in d. l. omnes populi, ſu-
78 menda ſcilicet eſſe verborum proprietatem ab auctoritate non intelligitur, id eſt ab vſu, ſed ab autoritate alicuius, qui dicat, dictionem aliquam ſignificare aliquid propriè, vel impropriè iuxta l. propriè, & l. ferri de verb. ſignific. quas ibi allegat, ſecundùm quas debet ipſius dictum intelligi; præterea in iuribus, in quibus uenit poſthumi appellatione is, qui poſt conditum teſtamentum uiuente adhuc patre natus, fit mentio de poſthumo tempore conditi teſtamenti, quando adhuc natus non, eſt quo tēpore recipit poſthumi appellationem, quia eſt poſthumus in potentia, quod ſi in aliqua iuris parte, etiam ad iam natum nomen poſthumi referatur, id fiet per tranſlationem ductam à neceſſitate, ut in præcedenti articulo dicebamus; cum nulla uox latina reperiatur, quæ propriè natum poſt conditum teſtamentū viuente patre ſignificet.

79 Nec facit negocium ſecundum argumentū, quia illa maior quę habet, is, qui appellatione poſthumi comprehenditur in diſpoſitione odioſa neceſſe eſt, vt ſit propriè poſthumus, non eſt abſolutè vera, quia licet odia reſtringantur, ita vt non admittant impropriam ſignificationem, non tamen ita reſtringuntur, vt non admittant interpretationem ſecundum communem vſum
80 loquendi, qui præfertur proprietati, vt per Alc. d. lib. 1. de verb. ſignificatione num. 27. etiam in odioſis exorbitantibus pęnalibus, & correctorijs, dummodo ſit communis vſus peritorum. vt nouiſsimè poſt alios plures, quos adducit tradit; vir conſultiſsimus Io. Baptiſta Coſta in ſuo tract. de retrotractionibus, regula 6.
81 ad caput ſecundum. Hinc licet ſtatuta debeant ſtrictè, & propriè intelligi, tamen ita admittunt interpreta-

interpretationem, secundum communem vsum loquendi, vt vsus à proprietate discrepans, proprietati ipsi præferatur, vt per Bart. in d. l. La-
82 beo num. 4 Accedat, quod regula procedit in dubio, secus vbi constat de mente disponentis ex identitate rationis; quia tunc etiá dispositio odiosa extenditur ad casum comprehensum saltem sub larga, & impropria significatione verborum l. filium habeo in prin. supra ad Macedon. Bald. in d. l. maximum vitium C. de liber. præter. in iuribus autem in contrarium allegatis adest non clara, & mens disponentis vo-
83 lentis comprehendere vtrunque; nam in d. §. nominatim, testator volebat exhæredare nasciturum post eius dispositionem; sed quia credebat id eventurum post mortem suam, appellauit posthumum; hinc exhæredatio locum habet, etiam si viuo eodem testatore postea nascatur.

84 Nec obstat tertium argumentum; quia non tenet hæc sequela; dispositio, quæ non admittit impropriam significationem comprehendit appellatione posthumi, filium natum post conditum testamentum viuente patre, ergo talis filius est propriè posthumus; sed consequentia est, ergo talis filius non est impropriè posthumus; quod si admittimus; non ideo sequitur, vt sit propriè posthumus, cum inter proprium, & improprium detur medium, vt supra ex Alc. lib. 1. de verb. significatione nu. 5. docuimus: dum igitur negamus talem filium esse propriè posthumum, sed posthumum saltem secundum vsum loquendi, & figuratiuè, vt per Bart. in d. l.
85 labeo aut per iuris interpretationem; præterquam quod non est inconueniens, vt dispositio quæ hic natura non admittit impropriam significationem, aliquem tamen casum minus proprium comprehendat ex uoluntate testato-
86 ris, quę vt regina imperat in vltimis voluntatibus l. in conditionibus, de conditionibus, & demonstr. & obseruatur vti lex. §. disponat in
87 auth. de nuptis, & in dicta lege potius testatoris voluntatem inspici, quam appellationem, constat ex eo; quia si testator dat tutorem filijs suis; licet sub hac appellatione comprehendantur etiam ipsius filij, quos habere ignorat; quia tamen ad illos voluntatem dirigere non potuit, eisdem filijs, quos habere ignorat, datus tutor non intelligitur: Accedat quod in d. l. datio tutoris posthumis facta extenditur, non ex proprietate verbi ad eos qui nascuntur post conditum testamentum; sed ex benignitate, vt colligitur ex illis verbis, & magis est, vt vtilis datio
88 fiat fauore scilicet pupillorum, quorum causa potius munus tutelæ fauorabile, & honorificum iudicari debet, quàm odiosum, ratione oneris tutori iniuncti, vt latè docet Salam. hic
89 nu. 21. Quinimo ad mentem Soc. Iun. hic nu 43. facilè potest hic tex. in contrariũ ita retorquæri, nam si is, qui nascitur post conditum testamentum viuo patre esset propriè, & verè posthumus, quæstio I. C. ibi dubitantis; an tutor datus posthumis censeatur datus ei, qui nascitur post conditum testamentum esset de indubitabili; sed hoc non est dicendum, per tex. in l. quod labeo de Carbon. edicto; ergo, nec illud vnde hoc sequitur: nulla enim ibi potuit esse ratio dubitandi; nisi ex eo, quia, qui post conditum testamentum ante mortem testatoris nascitur, vel appellatione posthumi non venit, vel non venit saltem propriè.

90 Nec obstat 4. argumentum, quia illa maior, quæ habet nomen generis competit æquè propriè omnibus speciebus vera est in nomine generis vniuoci, secus autem in nomine generis æquiuoci, pro vt est hoc generale nomen posthumus, quod de eo, qui nascitur viuente patre prædicatur secundùm nomen, vt homo de homine picto, & solutio de acceptilatione, non autẽ secundũ definitionẽ, quæ reuera ponitur in d. l. 3. §. 1. infra tit. proximo, & ei, qui nascitur post conditum testamentum viuo patre com-
91 petere non potest in effectu per prius dicitur de eo, qui nascitur post mortem, per posterius autem accommodatur etiam ei, qui nascitur post conditum testamentum viuente patre ex dispositione legis Velleiæ, vt constat ex d. l. 3.

92 Quod si quis velit contrarias opiniones federe distinctionis conciliare, potest ita distinguere, aut hoc nomen, posthumus consideratur naturaliter, vt purà, & simplex vox latina secundum suam primæuam originem, & significationem, & secundùm hanc acceptionem propriè posthumus non dicitur, nisi qui post mortem parentis nascitur, & ita vera est communis opinio, & procedunt eius argumenta, & secundùm hanc naturalem significationem, vocem hanc post humus explicat I. C. in d. l. 3. aut eadem vox posthumus consideratur ciuiliter, & prout est terminus iuris, quod quidem ius non considerat posthumos, pro ut sunt quædã personæ, quæ nascuntur post mortem parentũ, sed pro ut habent qualitates aliquas ciuiles, vt sint scilicet posthumi sui, vel extranei, vel alieni, vel agnati, vel cognati, vel neutro iure coniuncti, & quatenus possunt, vel non possunt hæredes instituti, & quatenus qui institui possunt, rumpunt, vel non rumpunt testamentum præ-

teriti, secundùm quam acceptionem, semper considerantur anteaquam nascantur, non autem postea d. l. nomen filiarum de verb. significatione, & secundùm hanc posteriorem acceptionem, prout scilicet posthumus terminus iuris est, ita propriè posthumus est, qui nascitur post conditum testamentum, prout est, qui nascitur post mortem testatoris: & ita procedunt iura simpliciter appellantia posthumos eos, qui post conditum testamentum nascuntur, & cętera argumenta contra communem opinionem, & præsertim autoritas Caij iurisconsulti magistraliter ex arte iuris ciuilis distinguentis genera posthumorum, & secundum hanc posteriorem ciuilem significationem, in hac materia semper accipi debet hic terminus, posthumus, faciunt pro hac distinctione dicta Barth. Soc. in rub. supra eodem nu. 3. Io. Bolognetti hic num. 155. in fine, & Ronchegal. in prin. inst. de bonorum poss. nu. 29. & animaduertendum est l. 3. infra tit. prox. loqui ante l. Velleam, quo tempore certi iuris est, non fuisse in consideratione posthumum aliquem, præter eum, qui nascitur mortuo parente, vt latè docebimus in §. nunc de l. Vellea infra eadem lege.

93 Succedit nunc secunda dubitatio, nunquid statutum loquens de posthumis comprehendat eos, qui nascuntur post conditum testamentum viuente patre. In hoc articulo pro intelli-
94 gentia terminorum, in primis sunt distinguenda nonnulla capita, quia aut ratio statuti, vel tacita, vel expressa, viget etiam in posthumis natis post conditum testamentum viuente patre, ita vt verisimile sit, statuentes voluisse eos etiam comprehendere, vt puta, quia statuto cautum sit, vt quid certum in testamento à parentibus debeat posthumis relinqui, & tunc sine controuersia, etiam huiusmodi posthumi comprehenduntur, vt concludit etiam
95 Soc. iun. hic nu. 45. Aut responsio statuti tacita vel expressa in huiusmodi posthumis nō viget, vt puta, quia statuto cautum sit, vt posthumi eorum, qui pro republica moriuntur, ex publico ęre aliquo munere, & cōmodo donentur, cuius statuti ratio non videtur, nisi eos amplecti, qui nascuntur postquam quis pro Rep. cecidit, cùm, ob meritum gloriosę illius mortis, filijs deinde nascentibus illud cōmodum concedatur, & in hoc quoque casu, vel simili pariter concludendum est sine disputatione, tale statutum non comprehendere posthumos natos
96 viuente patre post testamentum cōditum; quia semper verba statuti, quantumuis generalia, restringuntur ad casus, in quibus viget ratio statuti, vt est doctrina Bart. in l. omnes populi supra de iust. & iure in 4. quæstione, sextæ quæstionis princ. sub. nu. 60. & communiter sequuntur DD. Aut in statuto nulla est expressa ratio, nec potest aliqua certa ex probabili coniectura colligi, sed statutum omnino dubium est, cum de eius ratione possit probabiliter dubitari, & in his terminis habet locum dubitatio proposita. In hac igitur difficultate communiter, vno ore omnes interpretes opinantur, tale statutum in dubio non comprehendere huiusmodi posthumos minus propriè, secundùm communem sententiam, posthumos appellatos, ita enim firmat Bart. hic nu. 7. & sequuntur alij omnes, & præsertim Ias. nu. 53. & Alc. nu. 48. licet communem hanc conclusionem quatuor modis limitet. Ruin. quoq; eandem sequitur opinionē nu. 29. & Io. Bolog. nu. 156. licet ipse quoq; distinguat, & Soc. iun. nu. 43. ita vt hæc sit receptissima omnium opinio, quàm amplectitur, etiam Thob. Non. in §. posthumorum inst. de exhæredatione liber. num. 14.

97 Fūdamētū autē huius opinionis est, huiusmodi dispositio statuti, nō habet locum, nisi in ijs, qui comprehenduntur stricta, & propria verborum eiusdem statuti significatione l. 3. §. hæc verba ff. de negocijs gestis l. 1. §. si is, qui nauim ff. de exercit. act. tradunt Bart. & DD. communiter ad d. l. omnes populi; at qui nascuntur post conditum testamentum viuo patre, non comprehenduntur verbis statuti de posthumo loquentis, secundum strictam, & propriam verborum significationem; cùm veri, & proprij posthumi non sint, vt conclusum est in præcedenti articulo cum communi sententia, igitur tale statutum de posthumo loquens locum non habet in nato post conditum testamentū viuente patre.

Hoc tamen fundamento minime subsistente item ego libentius in contrariam sententiam, licet de communi in vniuersum dubitantem aliquem non reperiam, præter Bart. Soc. in Rub. supra eodem nu. 3. qui tn̄ non audet absolutè contra communem concludere, nec non Dec. in l. posthumo in prima lect. C. de bonorum poss. contra tab. vbi absolutè concludit contra communem; ego autem audenter in puncto iuris, veriorem esse contra communem sententiā arbitror, ductus vnica ratione, quæ talis est.

98 Statuta in dubio, nisi in aliqua ipsorum parte cautum sit, vt non nisi propriè debeant intelligi; vbi communis vsus cum proprietate non concurrit, potius debent intelligi secundū communem vsum loquendi, quàm secundùm proprie-

proprietatem, cui vsus præfertur, est doctrina Bart. communiter approbata in l. Labeo de supellectili legata nu. 4. tradit latè Alciatus lib. 2. de verb. significatione nu. 27. ita vt sine dubio, dispositio statuti, loquens de posthumo, eos comprehendat, quibus eiusdem statuti verba secundùm communem vsum competunt; fa-
99 cit etiam l. quos hostes infra de verb. significatione, sed verba statuti loquentis de posthumo competunt sine dubio, secundùm communem vsum loquendi peritorum filijs natis post conditum testamentum viuente patre, vt latè probatum est in præcedenti articulo, in primo argumento pro communi sententia, igitur statuti, de quo loquimur, dispositio, dictos filios, qui post conditum testamentum nascuntur, comprehendit.

100 Nec obstat contrarium, primùm, quia verba statuti propriè intelliguntur, vbi contrarius communis vsus non suadet contrarium, per ea, quæ supra allegata sunt; Accedat quòd is, qui nascitur post conditum testamentum, viuente patre, ciuiliter, & pro vt termus iuris, hodie est propriè, & verè posthumus, vt supra dicebamus, etiam is, qui nascitur post conditum testamentum viuente patre; argumentum ergo re-
101 torquetur, præsertim cùm leges, & statuta mentionem faciant de posthumo, prout est terminus iuris, non autem quatenus naturaliter significat aliquem post mortem alterius natū.

Si tamen sequaris Bart. sententiam, quæ est communis, poteris eam pluribus modis limitare, & præsertim quinq; modis, vt per Alciatum hic num. 44. sed hæc satis circa secundam quæstionem denotatione posthumi.

102 Tertia igitur quæstio erat, qua quærebamus, quo iure posthumus esset introductus, cui quæstioni breuiter respondeo, posthumum in genere sumptum, de quo agimus, quem considerauit Caius I.C. lib. 2 suarum inst. in tit. de exhæredatio ne liber. quatenus diuiditur in plures species per iuris qualitates contrarias, vt supra tetigimus, & latius docebimus infra in sexta quæstione princ. esse inuentum, & consideratum à iure ciuili, non autem ab alio vetustiore iure, id, quod videtur etiam sentire Barth. Soc. in tub supra eodem nu. 3. & Io. Bolog. hic nu. 155. in fine, & clarius Io. Ronchegal. in pric. inst. de bonorum poss. nu. 29. posthumus ergo, de quo agimus, eiusq; speculatio iuris ciuilis est.

103 Succedit nunc quarta quæstio, quæ respicit finalem rationem, ob quam inuentus, & consideratus est ciuilis hic posthumus, à ciuili iure, cui quæstioni breuiter respondemus, posthumos huiusmodi in iure consideratum esse, partim fauore eiusdem posthumi, ne remaneat sine tutela, vel sine hęreditate parentis, vel simili alio cōmodo iam natis competente, l. qui in vtero supra de statu hominum l. quod si nepotes, & l. si quis ita §. finali supra de testam. tut. §. penult. vbi glosa in verbo, in compluribus, inst. de tutelis; partim fauore testamenti ne rumpatur eiusdē posthumi natiuitate §. 1. inst. de exhæredatione liber. l. 3. §. nominatim, & l. si ita facta, infra tit. prox. & in tit. hoc nostro vniuerso, & præsertim in hac lege.

104 Ad quintā q. respondeo posse definiri posthumū, prout ciuilis terminus est ad mētē Caij I.C. lib. 2. suarū inst. vt sit nasciturus post testatoris
105 dispositionē. Dixi nasciturus, vt ponerem genus, necnon, vt excluderem posthumum na-
106 turalem, qui considerant potius postquam natus est, quo tempore ciuilis posthumus, plerūq; posthumus esse desinit, & hæredis personam induit, vt infra opportunius in nona, & vltima quæstione de posthumo docebimus; addidi, post dispositionem testatoris, vt excluderem posthumos impropriè, & abusiuè dictos, qui nati sunt tempore conditi testamenti i. de quibus in §. posthumorum inst. de exhæredatione liberorū, & in l. posthumorum infra tit. prox. & nos latè tradidimus supra in prima quęstione de multiplici significatione posthumi; & dixi post dispositionem testatoris, non post dispositionem parentis, vt includerem, non modo suos posthumos, & alienos, sed etiam extraneos; de quibus in sequenti quæstione agendum est; Dixi etiam, post dispositionem testatoris, non autem post mortem; vt includerem, ex sententia Caij, eos etiam posthumos, qui nascuntur, viuente patre, post conditum testamentum, quos proprios esse posthumos ciuiliter, pro vt loquimur satis ex supra traditis constat, nec non vt includerem eos posthumos dumtaxat, qui considerantur in successione ex testamento.

107 Sed vt ad sextam quęstionem veniamus, in qua quidem maxima adhibenda est diligentia, cùm difficilis sit, & ab ea pendeat huius legis, & materiæ vniuersæ intelligentia; dicimus
108 ciuilē posthumum duorū generum in primis esse; quidam enim suus posthumus est, quidā non suus, seu alienus in genere, vt sentiunt DD. omnes hic, & præsertim Lel. Taur. & Cuiac. in pręludijs ad hanc legem, & Marius Salom. nu-
109 mero 8. & 9. Posthumus suus is est, qui natus, hęres suus testatori futurus est, quia scilicet nasciturus sit in primo gradu patriæ potestatis

 vt colligi-

vt colligitur ex §. ita demum vers. posthumi quoque inst. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur; huius definitionis explicatio est, suus est, qui natus, idest si esset natus tempore scilicet conditi testamenti, & viuente parente, suus hæres testatori futurus esset, pro scilicet parentis
110 voto, argumento l. scripto infra vnde liberi; & huiusmodi posthumus suus iterũ duplex est, quidam scilicet nasciturus ex proprio corpore, quidam nasciturus ex corpore alieno, vt rectè considerauit Port. in princ. inst. de bonorum
111 poss. nu. 2. Nasciturus ex proprio corpore est filius nasciturus ex vxore, de quo in l. placet supra eod. nasciturus autẽ ex alieno corpore, est nepos ex filio defuncto in potestate cõceptus, ex
112 nuru nasciturus, de quo loquitur tex. in l quod si nepotes in fine supra de testamentaria tut.;
113 Non suus autem posthumus, seu alienus in genere is est, qui natus, suus hæres testatori fu-
114 turus non est, & iterum duplex; quidam scilicet alienus in specie, quidam extraneus, vt re-
115 ctè sentit Marius Sala. hic num. 9. est autem alienus posthumus in specie, qui natus, inter suos, hæres testatori futurus non est, ita enim definitur in §. posthumo inst. de legat. & quia de hoc genere posthumi agitur in hac lege nostra, vt latius infra docebimus, idcirco diligentius insistendum est; circa naturam ipsius, &
116 circa declarationem huius difficilis, & perplexæ definitionis alieni posthumi, quæ vario modo intelligitur ab interpretibus, & innumeras patitur difficultates; Sed, omissis varijs in-
117 terpretũ opinionibus, eam ad mentem Salam. hic nu. 4. & 5. optimè, ni fallor, illam intelligentis, & interpretantis explicabo; dicitur ergo posthumus alienus in primis, esse posthumus,
118 vt ponatur in definitione genus iuxta præceptionem Arist. lib 6. Topic. cap. 1. & Bart. in l. 1. de testamentis; hæc enim vox, posthumus, ge-
119 neraliter prædicatur etiã de suo posthumo, & de extraneo, qui ab alieno in specie per Iust. definito, longa distant differẽtia; deinde, vt posthumus suus excludatur, addidit Iust. restringendo
120 antecedens per relatiuum, iuxta tradita per DD. in l. omnes populi de iustitia, & iure, qui natus inter suos, id est, si natus esset inter suos; ita enim debet hæc particula explicari, vt significet conditionem, non autem actualem natiuitatem, quemadmodum hic modus loquendi, armatus pugnarem, explicaretur, id est pugnarem, si essem armatus; illud autem, inter suos, exponi debet, idest, ex suis; Et sic per hanc particulam excludit Iust. extraneos posthumos, qui nec sui sunt, nec inter suos, id est, nec ex suis nascuntur; & eadẽ differẽtia excludit etiam posthumos suos, qui plerunque non inter suos, & ex alieno corpore, sed ex proprio nascuntur,
121 vbi alienus in specie, de quo agimus semper nascitur ex alieno corpore, sed ex suis, & inter suos, idest in potestate, licet non in primo gradu, & sic ex numero eorum, qui possũt
124 fieri sui, cum quilibet de liberis in potestate, quamquam in gradu remotissimo, possit fieri suus, si personæ, quæ eum præcedunt, tollantur de medio; vt excludat deinde Iust. altera differẽtia suos omnes ex alieno etiã corpore nascentes, particulam illam adiecit, hæres testatori futurus non est, quia scilicet filius eiusdem testatoris, dicti posthumi pater, tempore conditi testamenti viuit, & eum in gradu præcedit; Verum pro exacta huius postremæ particulæ in-
124 telligentia, libet hic ex Mario Salam. num. 5. adnotare, aliud esse aliquem suum nasci, aliud aliquem nasci suum futurum, & aliud aliquem nasci suum non futurum; suus enim nascitur, qui post mortem testatoris nascitur, & primum locum ratione patriæ potestatis obtinet, quoniã sicut viuenti nemo est hæres, ita nemo testatori viuo suus hæres actu nascitur; futurus autem hæres dicitur nasci, qui viuo testatori nascitur in potestate, & primum locum obtinet, & futurus dicitur, quod pio parentis voto spectatur d. l. scripto infra vnde liberi; idque probatur optime in §. nunc de l. Velleia infra eadem l. nostra ibi, qui cum nascerentur hæredes sui futuri essent, vbi idem Salamonius nu. 2. Nasci autem non futurus suus, est nasci viuo testatore, ita vt in eius potestate, vel non sit, vel si est, alius eum præcedat. quibus casibus sine dubio testatori suus hæres futurus non est; ita vt nec qualitatem futuræ suitatis, vt ita dixerim, habeat. Quatenus ergo dicitur posthumus alienus est, qui nascitur inter suos, excluditur posthumus extraneus, qui inter suos non nascitur, cum non nascatur ex liberis in potestate; Quatenus autem dicitur hæres testatori futurus non est, excluditur posthumus suus, qui habet qualitatem futuræ suitatis, & futurus suus testatori est, vt nemo eum præcedat in gradu patriæ po-
125 testatis; Sensus ergo totius definitionis est, posthumus alienus est, qui natus inter suos, id est ille, qui si esset natus tempore conditi testamenti, & viuente testatore, ex aliquo suo, qui scilicet esset in primo gradu patriæ potestatis, tamen hæres testatori futurus non est, idest, non haberet immediatam qualitatem futuræ suitatis, quam tamen nanciseeretur, si eius pa-
126 ter de medio tolleretur; est igitur hic posthumus

mus alienus in specie, quidam posthumus pendens,& in certus, cum vsu venire possit, vt nascatur suus,si ante eius natiuitatem,ipsius pater de medio tollatur, potest etiam nasci non suus, vbi scilicet eiusdem natiuitas patris fatum præ-
117 cedat. Verùm hæc definitio ita explicata, maximam ex sententia Lelij Taurellij hic in
118 præludijs,difficultatē patitur, quia definitiones,& regulę a legislatoribus traditę debent intelligi secundum exempla ab eisdem allata l. damni infecti stipulatio huius initij 4. ff. de damnò infecto; sed huic definimitioni,secundū nostram interpretationem,repugnat exemplū, ab eod,Iust.in d.§.posthumo.allatū;ergo nostra interpretatio nō est bona,minor propositio probatur; subdit enim ibi Iustinianus, ideoque ex emācipato filio cōceptus népos, extraneus erat posthumus auo, posthumus ergo alienus ibi definitus non est natus ex suo cum filius eman-
119 cipatus, qui in potestate non est,suus esse non possit, §.cęteri inst. de hęredum qualit. & differ. ; falsa est igitur expositio nostra in ea parte,vbi per natos inter suos,eos intelligebamus, qui ex existentibus in primo gradu patrię po-
130 testatis,vel vlteriori nascuntur; qua propter alio modo explicat Taurell. dicens, alienus est posthumus,qui natus, & hic continet spiritum, interpretās, id est, qui postquā natus est deinde sequitur vno spiritu,inter suos,hęres testatori futurus non est, quasi sit sensus ut alienus posthumus ibi definitus intelligatur,qui post quā natus est, non est futurus inter suos hęredes testatori.
131 Sed hęc Taurell expositio licet satis probabilis prima facie videatur, eamq; probet Duar. tā hic in pręludijs c de posthumis, quā lib 2.disputationū anniuersariarū c.38 &eandē cū probando pluribus extollat Ioan. Ronchegal. inst. in prin. de bono. poss.num.34. qui tamen ab ea
132 videtur discedere nu.35. eum seq. Nō ē tamē aliquo modo probanda &admittenda,quandoquidem imprimis repugnat cōmuni lectioni, secundum quam ita distinguitur, & dispungitur oratio, vt illud, inter suos, coniungatur cum verbo,natus, quod pręcedit,non cum verbis sequentibus, cum quibus,si fuisset coniungenda hæc pars,potius, nisallor,dictum fuisset, qui natus, inter suos hæredes testatori futurus non esset, non autem inter suos, hæres. Accedat quòd,secundum hanc expositionum,considerateur posthumus ciuilis, de quo loquitur ille tex, cum agat de eo, cum ciuili qualitate consideràto, & quatenus alienus est potius natus quam nasciturus, id quod absurdum esse infra docebimus, Præterea sequeretur,secundum hanc expositionem, vt ille; qui esset in vtero nurus conceptus, ex filio alicuius uiuente, & in potestate, eodem uiuente esset posthumus auo, non alienus, sed suus, ut sentit Taurell.& consequenter ,ut semper potuisset, institui,etiā ante prouisionem Galli hic, & sanctionem Iustiniani;de qua memenit in prin. inst. de bonorum poss. quæ omnia, tàm absurda sunt,quàm quæ maxime, ut latius infra & opportunius docebimus.Non est igitur recedendum à tradita ad mentem Salamonij explicatione, aduersus quam non obstat uers. ideoq; in eodem §. posthumo, ubi non ponit Iust. exemplum alieni posthumi ab eo definiti, sed ex definitione tradita de posthumo alieno in specie pendente, & in incerto infert aduersatiuè conceptum nepotem ex filio emancipato, qui non est suus auo,non esse posthumum eidem auo alienū, & pendentem, cum non modo non sit futurus hęres, quia eum pręcedit pater, sed nec sit nasciturus inter suos,cum emancipatus, ex quo nasciturus est suus, ut latet neminem, non sit,& hoc sonant manifestè illa uerba, ideoque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus
133 erat posthumus auo, non scilicet alienus in specie, qui nascitur saltem inter suos, ut supponitur supra in eius definitione, & hic intellectus, quem probat etiam Rònchegal in prin. inst. de bonorum poss.nu.35. in fine &36. suadetur etiam ex eo, quia particula,ideoq;sui natura est illatiua l. testium de testibus, l. aliud & l.malum §. 1. de uerb. significatione §. apum inst. de rerum diuisione tradit Albericus in suo dictionario in uerbo,ideoque,& Petrus Rebuf. in l. ager §. stipendium de uerborum significatione columna 6. in prin. Ex his ergo satis constat, qualis posthumus alienus in specie sit, & quomodo eius definitio à Iust. tradita sit in-
134 telligenda, sed quia alienum posthumum in genere diuidebamus,in alienum in specie siue pendentem, & in alienum penitus extraneum, ideo de huiusmodi extraneo nunc agendum. Posthumus igitur extraneus is est, qui natus non inter suos,hæres testatoris futurus non est, dixi natus non inter suos, ut excluderem alie-
135 nos in specie & pendentes,qui inter suos nascuntur, ut uidemus, & addidi hæres testatoris futurus non est, ut excluderem, posthumum suum; qui nascitur suus heres futurus testatori, iuxta supra tradita,& huiusmodi extrane-
136 us posthumus, est iterum duplex, quidam agnatus, quidam non agnatus, ut colligere est ex Iac. Cuiac. hic in præludi is ad hanc legem, faciūt etiā tradita per Alc. lib.9. parergon iuris ciuilis

ciuilis cap. primo. Poſthumus extraneus agna
137 tur is eſt, qui eſt in utero uxoris fratris, uel alterius ex agnatis tranſuerſalibus, & de hoc loquitur tex in l. penultima infra de legatis, ſe-
138 cundùm lectionem pandectarum florentinarum. Poſthumus autem extraneus non agnatus eſt iterum duplex, ut colligitur ex eodem Cuiac. hic, quidam ſcilicet cognatus, quidam non co-
139 gnatus; extraneus autem poſthumus cognatus eſt iterum duplex, aut naſciturus ex proprio corpore noſtro, aut naſciturus ex corpore alie-
140 no; extraneus cognatus naſciturus ex proprio corpore eſt, ueluti naſciturus ex nobis & ex fœmina, quæ non ſit uxor, de quo in §. poſthumus inſt. de legat. quem tex. difficillimum, in uolutum, & obſcuriſſimum paulò infra opportunius planiſſimum, explicatiſſimum, & dilucidum reddam, vel filius naſciturus ex muliere mortua cæſo ipſius utero, de quo in lege po-
141 ſthumo ſupra de in officioſo teſtamēto & hic poſtumus extraneus cognatus ex proprio corpore naſciturus iterum duplex eſt, aut naſciturus ex muliere, quæ non poteſt eſſe uxor, de quo in d. §. poſthumus, aut ex muliere non uxore, quæ tamē poteſt eſſe uxor, de quo in l. ſi poſthumos in fine, & in l. poſthumum ſuprà
142 hoc eodem tit. noſtro. Poſtumus aūté extraneus cognatus naſciturus ex alieno corpore eſt ueluti nepos conceptus ex filio emancipato, de quo in d. §. poſthumo inſt. de legat. uel ſ. ideoque, uel naſciturus ex filia, quæ agnationem non conſeruat. de quo loquitur tex. in l. Titius §. Lucius ſupra eodem, vel naſciturus ex quo-
143 libet cognato, vel cognata. Poſthumus tandem extraneus non cognatus eſt veluti filius alicuius amici, & non ſanguine vel agnatione coniuncti, de quo intelligenda eſt, vt ſentit Cuiac. l. extraneo infrà de ventre in poſſeſſionem mit-
144 tendo. Sed cum magis veritas oculata fide, quàm per aures, animis hominum inſigatur §. fin. inſt. de gradibus cognationū, idcircò libet oculis, poſthumorum quandam quaſi arborem ſubijcere, vt vno intuitu diſtinctio vniuerſa percipi poſſit.

145
- Poſthumus
  - ſuus
    - ex proprio corpore
    - ex alieno
  - non ſuus
    - Alienus
    - Extraneus
      - Agnatus
      - non agnatus
        - non cognatus
        - Cognatus
          - ex alieno corpore
          - Ex proprio corpore
            - ex non vxore, quę poteſt eſſe vxor
            - ex ea quæ non poteſt eſſe vxor

146 Ad ſeptimam autem quæſtionem reſpondeo, ad hoc vt ſit locus poſthumo ciuili, de quo
147 diſputamus, neceſſariam eſſe circumſtantiam rei, nimirùm vt ſit conditum teſtamentum, nec
148 non circumſtantiam perſonę, pro varietate poſthumi; propterea quod, vt naſcatur poſthumus ſuus, neceſſe eſt, vt teſtator ſit pater, vel auus, vbi pater naſcituri poſthumi ſublatus ſit de medio, vel vt teſtator ſit agnatus, ad hoc vt poſthumus naſciturus naſcatur agnatus; & ſic
149 de alijs poſthumi ſpeciebus; deſideratur etiā circumſtantia temporis, nimirum, vt tempore
150 conditi teſtamēti, nō ſit natus, vt per Antoniū Goueanū hic num. 1. tex. eſt in l. placet de liber.
151 & poſthumus; loci autem circumſtantia nulla deſideratur; & circumſtantia modi eſt varia, pro poſthumorum varietate, nimirum ſi ſuus, vt naſcatur in primo gradu patrię poteſtatis, & ſic hæres futurus; ſi alienus in ſpecie, vt ſi eſſet natus tempore conditi teſtamenti, inter ſuos natus eſſet, hæres tamen non futurus, neceſſariò ſcilicet, & ex voto parentis, iuxta l. ſcripto ff. vnde liberi; ſi extraneus, vt natus non inter ſuos, nec futurus eſſet hæres, iuxta declarationem in proxima quæſtione ſuprà traditam.

Abſoluta

152 Absoluta septima quęstione principali, veniendum nunc est, secundùm ordinem propositum, ad octauam, quæ ad posthumi effectus
153 pertinent. Ciuilis ergo posthumi, de quo agimus, generalis inprimis effectus est, ut in his, quæ respiciunt ipsorum vtilitatem, pro iam natis habeantur, l. qui in vtero supra de statu hominum §. penultimo inst. de tutel. & ibi glosa in verbo, in compluribus; specialiter autem in
154 materia nostra, posthumi effectus erat, vt si suus esset, deberet institui, vel exhæredari, alioquin præteritus natiuitate, & agnatione rumpebat testamentum §. posthumi inst. de exhęredatione liber. inn. & prin. inst. quibus mo. testamenta infirm. & habetur passim in hoc
155 tit. nostro posthumi autem alieni effectus erat, vt nec si patens voluisset, posset eum heredem instituere, ante Galli scilicet prouisionem, de qua hic, & Iust. const. de qua ipse meminit in princ. inst. de bonorum poss. Verùm quia de veritate huius effectus alieni posthumi non satis constat inter interpretes, idcirco pro exacta huius octauæ quęstionis explicatione tres disputabimus articulos.

Primus erit, an posset alienus posthumus ante Galli prouisionem, & Iust. constitutionem, institui.

Secundus an talis prohibitio, si qua erat, flueret ex lege duodecim tabularum, vel ex alio posteriore iure.

Tertiò, & vltimo disputabimus de ratione, ob quam fuerit antiquo iure posthumus alienus institui prohibitus.

156 Quod attinet igitur ad primam disputationem, pro intelligentia terminorum, libet solummodo adnotare, nos in hac disputatione per alienum posthumum intelligere alienum in genere prout comprehendit, tàm alienos in spetie, quàm extraneos, siuè agnatos, siuè cognatos, siue neutro iure coniunctos iuxta declarationem supra traditam, & quatenus dubitamus an ante Gallum, & Iust. posset institui, intelligimus an ita institui posset, vt vtilis esset institutio de iure ciuili, nam quin instituti, admittantur de iure prætorio ad bonorum possessionem, dubitandum non est.

In hac igitur difficultate, & iuris controuersia, hoc modo intellecta, & declarata, pugnantes repetiuntur interpretum sententiæ; quarũ altera est opinio singularis, doctissimi viri Angeli Spanocchij hic particula 18. & 19. sentientis omni tempore, etiam ante Gallum Aquilinum, & Iust. iure quoque ciuili inspecto, potuisse non suos posthumos, seu alienos in genere, hæredes institui; & pro hac opinione quamplurima in medium affert argumenta, quorum nonnulla mutuatus est a Hieronymo Torniello hic nu. 5. qui ferè eandem opinionem tenuit, in quam videtur etiam iuisse Ronchegal ad d. principium inst. de bonorum poss.

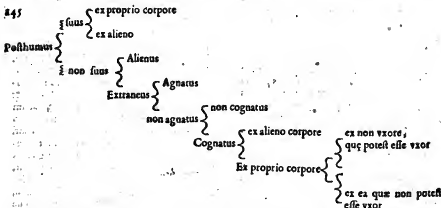
157 Primùm autem virtute ita argumentatur, quicunq; fuit capax ante Gallum successionis ab intestato, necesse est, vt fuerit etiam capax
158 successionis ex testamento, cùm facilius sit ex testamento succedere, quàm ab intestato, qua successione aliquibus duntaxat succedere, possumus iuxta tit. inst. de hereditatibus quę
159 ab intestato deferuntur, cum aliquibus titulis sequentibus; sed posthumus alienus ante Gallum, & Iustinianum, sine dubio, capax erat successionis ab intestato l. posthumus de in offitioso testamento l. 1. §. si filius, & § fin. de ventre in possessionem mittendo l. penultima de legatis 1. secundum Viglij intellectum Duareni Cuiac. & aliorum, l. 3. §. vtique, de suis, & legitimis, igitur posthumus alienus ante Gallum, & Iust. erat etiam capax ciuilis successionis ex testamento.

160 2. Pro hac eadem opinione virtute ita argumentatur; quicunque a prætore fiebat, ante Gallum, bonorum possessor, necesse est, vt esset etiam de iure ciuili hæreditatis capax, cùm
161 eos non posset bonorum possessores facere prætor, qui iure ciuili incapaces erant, et capere hæreditatem prohibebantur, tex. & optimus in l. hi demùm infra de bonorum possess. secundum tabulas, tex. est etiam planissimus in l. non est ambigendum § fin. de bonorum possess. dicitur enim in dicta l. hi demum. Hi demũ sub conditione hæredes instituti, bonorũ possessionẽ secundũ tabulas, etiam pendente cõditione nec dum impleta, petere possunt, qui vtiliter sunt instituti, quòd si inutiliter quis institutus sit, nec ad bonorum possessionem inutilis institutio proficit; in dicto autem §. finali scribit I.C. hæc verba; vbicunq; lex, vel Senatus, vel constitutio, capere hæreditatem prohibet, & bonorum possessio cessat, At prætor faciebat bo-
162 norum possessorem ante Iustinianum alienũ posthumum, inst. in prin. de bonorum possessionibus, vt nemo negat, igitur posthumus alienus, etiam ante Iustinianum, erat ciuilis hæreditatis ex testamento capax.

163 3. Ita argumentatur, si ante Iustinianum, alieni posthumi fuissent in capaces institutionis heredis, vtique hoc fuisset, quia vel lex duodecim tabularum, vel media iuris prudentia, vel aliqua principis constitutio, eos institui prohibuisset,

ciuilis cap. primo. Poſthumus extraneus agna
137 tur is eſt, qui eſt in utero uxoris fratris, uel alterius ex agnatis tranſuerſalibus, & de hoc loquitur tex in l. penultima infra de lagatis, ſe-
138 cundùm lectionem pandectarum florentinarum. Poſthumus autem extraneus non agnatus eſt iterum duplex, ut colligitur ex eodem Cuiac, hic, quidam ſcilicet cognatus, quidam non co-
139 gnatus; extraneus autem poſthumus cognatus eſt iterum duplex, aut naſciturus ex proprio corpore noſtro, aut naſciturus ex corpore alie-
140 no; extraneus cognatus naſciturus ex proprio corpore eſt, ueluti naſciturus ex nobis & ex fęmina, quæ non ſit uxor, de quo in §. poſthumus inſt. de legat. quem text difficilimum, in uolutum, & obſcuriſſimum paulò infra opportunius planiſſimum, explicatiſſimum, & dilucidum reddam, vel filius naſciturus ex muliere mortua cæſo ipſius utero, de quo in lege po-
141 ſthumo ſupra de in officioſo teſtamẽto & hic poſthumus extraneus cognatus ex proprio corpore naſciturus iterum duplex eſt, aut naſciturus ex muliere, quæ non poteſt eſſe uxor, de quo in d. §. poſthumus, aut ex muliere non uxore, quæ tamẽ poteſt eſſe uxor, de quo in l. ſi poſthumos in fine, & in l. poſthumum ſuprà
142 hoc eodem tit. noſtro. Poſthumus autẽ extraneus cognatus naſciturus ex alieno corpore eſt ueluti nepos conceptus ex filio emancipato, de quo in d. §. poſthumo inſt. de legat. uel ſi, ideoque, uel naſciturus ex filia, quæ agnationem non conſeruat. de quo loquitur tex. in l. Titius §. Lucius ſupra eodem, vel naſciturus ex quo-
143 liber cognato, vel cognata. Poſthumus tandem extraneus non cognatus eſt veluti filius alicuius amici, & non ſanguine vel agnatione con iuncti, de quo intelligenda eſt, vt ſentit Cuiac. l. extraneo infrà de ventre in poſſeſſionem mit-
144 tendo. Sed cum magis veritas oculata fide, quàm per aures, animis hominum inſigatur §. fin. inſt. de gradibus cognationũ, idcircò libet oculis, poſthumorum quandam quaſi arborem ſubijcere, vt vno intuitu diſtinctio vniuerſa percipi poſſit.

145



146 Ad ſeptimam autem quæſtionem reſpondeo, adhoc vt ſit locus poſthumo ciuili, de quo
147 diſputamus, neceſſariam eſſe circumſtantiam rei, nimirùm vt ſit conditum teſtamentum, nec
148 non circumſtantiam perſonę, pro varietate poſthumi; propterea quod, vt naſcatur poſthumus ſuus, neceſſe eſt, vt teſtator ſit pater, vel auus, vbi pater naſcituri poſthumi ſublatus ſit de medio, vel vt teſtator ſit agnatus, ad hoc vt poſthumus naſciturus naſcatur agnatus; & ſic
149 de alijs poſthumi ſpeciebus; deſideratur etiã circumſtantia temporis, nimirum, vt tempore
150 conditi teſtamẽti, nõ ſit natus, vt per Antoniũ Goueanũ hic num. 1. tex. eſt in l. placet de liber.
151 & poſthumis; loci autem circumſtantia nulla deſideratur; & circumſtantia modi eſt varia, pro poſthumorum varietate, nimirum ſi ſuus, vt naſcatur in primo gradu patrię poteſtatis, & ſic hæres futurus; ſi alienus in ſpecie, vt ſi eſſet natus tempore conditi teſtamenti, inter ſuos natus eſſet, hæres tamen non futurus, neceſſariò ſcilicet, & ex voto parentis, iuxta l. ſcripto ff. vnde liberi; ſi extraneus, vt natus non intèr ſuos, nec futurus eſſet hæres, iuxta declarationem in proxima quæſtione ſupra traditam.

Abſoluta

152 Absoluta septima quęstione principali, veniendum nunc est, secundùm ordinem propositum, ad octauam, quæ ad posthumi effectus 153 pertinent. Ciuilis ergo posthumi, de quo agimus, generalis inprimis effectus est, ut in his, quæ respiciunt ipsorum vtilitatem, pro iam natis habeantur, l. qui in vtero supra de statu hominum §. penultimo inst. de tutel. & ibi glosa in verbo, in compluribus; specialiter autem in 154 materia nostra, posthumi effectus erat, vt si suus esset, deberet instituì, vel exhæredari, alioquin præteritus natiuitate, & agnatione rumpebat testamentum §. posthumi inst. de exhęredatione liber. iuncto prin. inst. quibus mo. testamenta infirm. & habetur passim in hoc 155 tit. nostro posthumi autem alieni effectus erat, vt nec si parens voluisset, posset eum heredem instituere, ante Galli scilicet prouisionem, de qua hic, & Iust. const. de qua ipse meminit in princ. inst. de bonorum poss. Verùm quia de veritate huius effectus alieni posthumi non satis constat inter interpretes, idcirco pro exacta huius octauæ quęstionis explicatione tres disputabimus articulos.

Primus erit, an posset alienus posthumus ante Galli prouisionem, & Iust. constitutionem, institui.

Secundus an talis prohibitio, si qua erat, flueret ex lege duodecim tabularum, vel ex alio posteriore iure.

Tertiò, & vltimo disputabimus de ratione, ob quam fuerit antiquo iure posthumus alienus institui prohibitus.

156 Quod attinet igitur ad primam disputationem, pro intelligentia terminorum, libet solummodo adnotare, nos in hac disputatione per alienum posthumum intelligere alienum in genere prout comprehendit, tàm alienos in spetie, quàm extraneos, siuè agnatos, siuè cognatos, siue neutro iure coniunctos iuxta declarationem supra traditam, & quatenus dubitamus an ante Gallum, & Iust. posset institui, intelligimus an ita institui posset, vt vtilis esset institutio de iure ciuili, nam quin instituti, admittantur de iure prætorio ad bonorum possessionem, dubitandum non est.

In hac igitur difficultate, & iuris controuersia, hoc modo intellecta, & declarata, pugnantes reperiuntur interpretum sententiæ; quarũ altera est opinio singularis, doctissimi viri Angeli Spanocchij hic particula 18. & 19. sentientis omni tempore, etiam ante Gallum Aquilianum, & Iust. iure quoque ciuili inspecto, potuisse non suos posthumos, seu alienos in genere, hæredes institui; & pro hac opinione quamplurima in medium affert argumenta, quorum nonnulla mutuatus est a Hieronymo Torniello hic nu. 5. qui ferè eandem opinionem tenuit, in quam videtur etiam iuisse Ronchegal ad d. principium inst. de bonorum poss.

157 Primùm autem virtute ita argumentatur, quicunq; fuit capax ante Gallum successionis ab intestato, necesse est, vt fuerit etiam capax 158 successionis ex testamento, cùm facilius sit ex testamento succedere, quàm ab intestato, qua successione aliquibus duntaxat succedere, possumus iuxta tit. inst. de hęreditatibus quę 159 ab intestato deferuntur, cum aliquibus titulis sequentibus; sed posthumus alienus ante Gallum, & Iustinianum, sine dubio, capax erat successionis ab intestato l. posthumus de in offitioso testamento l. 1. §. si filius, & § fin. de ventre in possessionem mittendo l. penultima de legatis 2. secundum Viglij intellectum Duareni Cuiac. & aliorum, l. 3. §. vtique, de suis, & legitimis, igitur posthumus alienus ante Gallum, & Iust. erat etiam capax ciuilis successionis ex testamento.

160 2. Pro hac eadem opinione virtute ita argumentantur; quicunque a prætore fiebat, ante Gallum, bonorum possessor, necesse est, vt esset etiam de iure ciuili hæreditatis capax, cùm 161 eos non posset bonorum possessores facere prætor, qui iure ciuili incapaces erant, et capere hæreditatem prohibebantur, tex. & optimus in l. hi demùm infra de bonorum possess. secundum tabulas, tex. est etiam planissimus in l. non est ambigendum § fin. de bonorum possess. dicitur enim in dicta l. hi demum. Hi demũ sub conditione hæredes instituti, bonorũ possessionẽ secundũ tabulas, etiam pendente cõditione nec dum impleta, petere possunt, qui vtiliter sunt instituti, quòd si inutiliter quis institutus sit, nec ad bonorum possessionem inutilis institutio proficit; in dicto autem §. finali scribit I.C. hæc verba; vbicunq; lex, vel Senatus, vel constitutio, capere hæreditatem prohibet, & bonorum possessio cessat, At pretor faciebat bo162 norum possessorem ante Iustinianum alienũ posthumum, inst. in prin. de bonorum possessionibus, vt nemo negat, igitur posthumus alienus, etiam ante Iustinianum, erat ciuilis hæreditatis ex testamento capax.

163 3. Ita argumentatur, si ante Iustinianum, alieni posthumi fuissent incapaces institutionis hęredis, vtique hoc fuisset, quia vel lex duodecim tabularum, vel media iuris prudentia, vel aliqua principis constitutio, eos institui prohibuisset,

buisset; sed nullo iure ex his reperiuntur prohibiti; igitur non erant incapaces; probatur minor, quia lex duodecim tabularum permittebat latissimè hæredis institutionem, vt habetur in l. verbis legis infra de verb. significatione vbi inquit tex. vti quisque legasit suæ rei, ita ius esto, aliquod autem responsum antiqui iuris prudentis, vel principis rescriptum hoc prohibens, nec ab interpretibus adducitur, nec reperitur.

164 4. Ita argumentatur, posthumus alienus si fuisset natus tempore conditi testamenti sine dubio potuisset tunc institui, cùm natus nepos non sit prohibitus institui §. fin. infra hac eadem l. nostra; sed perindè erat, ac si tunc natus esset; cùm in his, quæ respiciunt ipsorum commodum pro iam natis posthumi habeantur, & sine dubio commodum erat sibi, vt hæres scriberetur, igitur posthumus alienus semper potuit hęres institui.

165 5. Adducit tex. in l. eius seruus, qui post mortem, infra de hæredibus inst. & §. seruus autem inst. eodem. eius seruus, inquit textus, qui post mortem meam natus erit, hæredem instituti posse, Labeo frequenter scribit, idque verum esse, manifesto argumento comprobat, quia seruus hæreditarius, priusquàm adeatur hæreditas, institui hæres potest, quàmuis is testamenti facti tempore nullius sit; qui textus ita inducitur, semper fuit institutionis capax ts, cuius seruus institui semper potuit, cum serui capacitas à capacitate domini pendeat l. si mihi §. regula infra de legat. 1. sed posthumi alieni seruus quocunq; tempore, etiam ante Iustinianum institui potuit, ergo posthumus alienus semper fuit etiam ante Iustinianum ciuilis institutionis capax.

166 6. Ille semper potuit ante Iust. institui, cũ quo omni tempore fuit testamenti factio l. si alienus § in extraneis infra de hæredibus instituendis, §. in extraneis, institutionibus de hæredum qualitate, & differentia; sed cum posthumis alienis omni tempore etiam ante Iust. fuit testamenti factio; igitur posthumi alieni semper potuerunt institui; probatur minor tex. in l. filius familias supra tit prox. vbi inquit Pomponius, filius familias, & seruus alienus, & posthumus, & surdus testamenti factioné habere dicuntur; licet enim testamentũ facere nõ possint, attamẽ ex testa mẽto sibi, vel alijs acquirere possunt nec dicas, dictã legẽ non loqui, de posthumo alieno, sed simpliciter de posthumo, & ideo de omni alio, preterquã ꝙ de alieno esse intelligendã, quia replico dictã legẽ indefinitè loqui, & consequenter æquipollere vniuersali l. si pluribus de legat. 2. vbi Bart. & DD. vniuersaliter autem appellatione posthumi, venit etiam posthumus alienus, cum propria sit posthumi species, argumento legis siquid earum §. interemptum de legatis 3. Præ terquàm quod

167 si illa lex restringeretur ad suos posthumos

168 duntaxat esset de indubitabili, contra l. quod Labeo de Carbon. edicto, quandoquidem sui,

169 nedum potuerunt semper institui, sed debuerunt, ne præteriti testamentum rumperent §. posthumi inst. de hæredum qualit & differ.

170 7. Si posthumus alienus ante Iust. fuisset iure ciuili institui prohibitus, vbicunque esset institutus, ei non potuissent competere pro ea parte remedia aliqua ciuilia, argumento prin: Inst. de bonorum possessionibus; sed posthumo

171 alieno ante Iust. instituto competebant ciuilia remedia, nempe iudicium familię herciscundæ, vt habetur in l. si hæres vnus in fine suprà familiæ herciscundæ, nec non iudicium si pars hæreditatis petatur, l. antiqui supra si pars hęreditatis petatur, facit lex prima § fin. eodem tit. quæ omnia sine dubio ciuilia remedia sunt; competebant etiam ciuilia alia remedia, ut colligitur ex l. qui duos & ex l. finali ff. de coniung. cum emanc. liber. igitur talis alienus posthumus poterat etiã de iure ciuili ante Iust. institui.

172 8. Ad mentem eiusdem Domini Spanocchi hic part. 16. nu. 14. ita argumentor, cuicunq; potuit ante Iustinianum legari, potuit etiam

173 hęreditas relinqui cùm non nisi his legari posset, cum quibus esset testamenti factio §. le-

174 gari inst. de legatis; sed posthumis alienis, & legari ante Iust. & per fideicommissum relinqui potuit l. si duobus in prin. infra de legat. 1. l. quidam relegatus §. fin. infra de rebus dubijs; igitur talis posthumus alienus poterat etiam ante Iust. institui.

175 9. Et ultimo loco adducitur tex. urgentissimus in §. posthumus inst. de legat. cuius uerba hęc sunt, postumus autem alienus institui & antea poterat, & nunc potest, cum quo textu uidentur etiam consentire plura pandectarum iura per eundem adducta, & precertim tex. in l. titius §. lucius supra hoc eodem tit nostro, & in l. extraneo, de uentre in. possessionem mittendo, & in l. 1 §. si filius in adoptionem, eodem tit. de uentr io possessionem mittendo cũ similibus stringit autem D. Spannocchius di-

176 ctum textum ins. posthumus pluribus modis, & presertim ita uirtute ratiocinando, eo modo debet intelligi, ut posset antea institui posthumus alienus, quo inutiliter eidẽ postumo aliẽno antea

no, antea legebatur, cùm ueniat dictus textus aduersatiuè ad illud, quod dicebatur de alieno posthumo, quo ad legata; dixerat enim Iustinianus posthumo alieno inutiliter antea legabatur, deinde subdit aduersatiuè; posthumus autem alienus institui antea poterat, & nunc potest; quasi hi sensus ut licet legari non posset, posset tamen hæreditas relinqui, at dictus §. posthumo intelligitur, ut de iure ciuili antea posthumo alieno inutiliter legaretur; igitur vt bene aduerteretur dictus §. posthumus, qui subsequitur, debet intelligi, vt idem posthumus alienus vtiliter de iure ciuili institueretur, nec possumus intelligere, vt posset institui antea de iure
177 prætorio, cùm facultas instituendi aliquem hæredē ad prætorem non pertineret, qui hæredem facere non poterat §. quos autem inst. de
178 bonorum poss.; prętoris enim beneficio non instituendi licentia dabatur, sed institutio facta tantùm conseruabatur. Accedat quod esset puerile quoddam refugium, tot iuribus pandectarum supponentibus, eo iure posthumū alienum instituere licuisse, semper respondere, vt procedant de iure prętorio, vt latè considerat D. Spanocch. hic particula 19. nu. 15.

His tamen argumentis minime obstantibus in contrariam opinionem iuerunt, post Bart. hic, omnes alij interpretes vno ore, & hanc communem ego semper, & Pisis, & hic defendi, & nouissimè reperio, hanc eandem opinionem ab argumentationibus Domini Spanocch. tueri benè eruditum Andream Fachineum libro 10. controuersiarum iuris c. 41. quamobrem eandem communem libentius amplector.

179 Et primùm per tex. in §. posthumo inst. de legat. qui duobus modis pro communi sententia inducitur, primum quidem, quatenus in eo dicit Imperator; posthumo. autem alieno inutiliter antea legabatur, antea scilicet, quàm fieret ab eo constitutio, per quam, vt paulò infra dicit, huic parti medetur, quòd cùm ita sit, ita primum licet nobis pro communi argumentari, is, cui legari non potest, nec hæres institui potest, cum legari illis solum possit, cum
180 quibus testamenti factio est, §. legari inst. eodem tit. de legat, sed posthumo alieno ante Iustinianum legari non poterat dicto §. posthu-
181 mo, ergo posthumus alienus, nec hæres institui poterat, præterea ex eodem §. apertè colli-
182 gitur, nec potuisse quidem posthumum alienum antea hęredem institui, quatenus paulo infra subdit, sed nec huiusmodi species penitus est sine iusta emendatione relicta, cùm in nostro codice constitutio posita sit, per quam huic parti medemur; non solùm in hæreditatibus sed etiam in legatis, & fideicommissis, ita inducendo, si posthumis alienis potuisset hæreditas relinqui, non autem legata, non fuisset opus constitutione ipsius imperatoris, per quam huic parti medetur, non solùm in hæreditatibus, sed etiam in legatis, at etiam in hæreditatibus fuit opus dicta constitutione, ergo nec hæreditas illis relinqui poterat; nec dicas quoad hæreditates in alio consistere emendationem illius constitutionis, quia est mera diuinatio contra subiectam materiam illius textus, contra rationem supra adductam, & contra regulam legis iam hoc iure de vulgari, & pupil.

183 2. Loco adducitur textus vrgentissimus in prin. inst. de bonorum poss. cui sine cauillatione responderi non potest; eius autem verba sunt hæc, nàm si alienus posthumus hæres fuerit institutus; quamuis hæreditatem iure ciuili adire non poterat, cùm institutio nō valebat, honorario tamen iure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum a prætore adiuuabatur, sed, & is à nostra constitutione rectè hodie hæres instituitur, quasi, & iure ciuili non incognitus; hic igitur textus præterquam quòd videtur hanc opinionem in terminis probare, potest pluribus modis vrgeri. Is, cuius hæredis institutio non valebat ante Iustiniani constitutionem, certè ante Iustinianum non poterat institui hæres, sed posthumi alieni institutio ante
184 Iustiniani Constitutionem non valebat dicto prin. igitur ante Iustinianum posthumus alienus prohibebatur institui. Præterea, is, qui iure ciuili fuit ante Iustiniani constitutionem incognitus, necesse est, vt non potuerit ante eundem Iustinianum cum effectu de iure ciuili in-
185 stitui. sed posthumus alienus ante Iustinianū erat iure ciuili incognitus, cùm per suam Constitutionem fuerit redditus de iure ciuili cognitus, vt ipsemet expressè profitetur in dicto princ. igitur ante Iustinianum alienus posthumus de iure ciuili institui minime poterat, nec vires huius argumentationis si rectè perpendatur eneruat D. Spanocch. hic part. 16. nu. 18. vbi subtiliter sed, ni fallor, sophisticè hic, vt uim argumēti subterfugiat, textū hūc interpretatur, et distorquet,

186 3. Pro hac opinione adducitur tex. in l. posthumus suprà de inofficioso testamento, quatenus supponit, non esse imputandum testatori, quòd posthumum non instituerit, quo ad ius ciuile, sed tantùm, quo ad ius pretorium, quia scilicet, quo ad ciuiles leges nihilominus non valuisset hæredis institutio, sed ideo potest ei imputari de iure prætorio cur non instituerit,

quia eo casu remedia prętoris habiturus fuisset,
vt considerat plura verba ponderando dictæ
legis D. Spanocch. hic part. 16. num. 33. qua-
propter ita licet nobis per istam legem argu-
mentari; si ante Iustinianum non fuissent inca-
paces institutionis hæredis alieni posthumi, cer-
tè testatori fuisset imputandum etiam de iure
ciuili cur illos non instituisset; quia etiam iu-
ris ciuilis remedia habuissent; at olim de iure
ciuili, testatoribus hoc non imputabatur, nec si
fuissent alieni posthumi instituti competebat il-
lis aliquod remedium ciuile, igitur ante Iustinia
num erant incapaces institutionis hæredis.
187 4. Et vltimò omissis alijs ita argumen-
tor; si posthumus alienus potuisset olim ante
Galli prouisionem, & Iustiniani constitutionē
institui, perperam fuisset adhibita Galli, & le-
gis Velleiæ prouisio, nec non Iustiniani consti-
tutio, sed hoc non est aliquo modo admittendū
ergo nec illud vnde hoc sequitur; nec dicas cū
D. Spanocch. satis opportunas fuisse huiusmo-
di prouisiones, quia licet antiquitus alienus po-
sthumus posset voluntaria institutione institui,
non poterat tamen, ea institutione institui, de
qua agitur in titulo nostro, quæ necessaria est,
cùm reddat solenne testamentum, & occurrat
ruptelæ ipsius testamenti; quia re vera si rectè
perpendatur hæc distinctio est potius verbalis,
quàm realis, admittere enim potuisse antiqui-
tus institui posthumum alienum, ita tamen, vt
inutilis sit eius institutio, nec occurrat ruptelæ
testamenti si dictus postumus auo agnascatur;
nugatorium quoddam est, & non admittendū.
188 Nec obstant contraria, & presertim pri-
mum argumentum, quòd mutuatus est D. Spa-
nocch. a Hieronymo Torn. hic nu. 5. quia in
189 primis negari potest illius maior; non enim
omnes, qui possunt admitti ad successionem ab
intestato potuissent admitti ad successionem
ex testamento; quando quidem, vtquis succe-
dat ab intestato, satis est, vt sit habilis tempore
mortis testatoris, & tempore adeundæ hæredi-
tatis, vbi in successione ex testamento requi-
ritur hæredis capacitas etiam tempore conditi
testamenti l. si alienum §. in extraneis. infra de
hæred. inst. §. in extraneis inst. de hæredum
qualitate, & differ. Constat ergo dificilius esse,
vt quis succedat ex testamento, quàm ab inte-
stato: nec dicas dicta iura loqui duntaxat de
extraneis hæredibus; quia de suis futuris hære-
dibus non erat necesse, vt ageretur, quando-
190 quidem suus, vt suus, semper est capax; extra-
neus enim potest esse incapax; suus autem ne-
quaquam, cùm omnis incapacitas suitatem tol-
191 lat; quapropter non est mirum, si posthumus
nepos, de quo loquitur Gallus, potuisset olim
succedere ab intestato, cum tempore mortis
aui testatoris, sublato de medio patre, sit suus,
& consequenter capax; secus autem ex testa-
mento, quia cum testamentum conderetur,
existente in medio ipsius patre testatoris filio,
192 erat alienus, & consequenter incapax. Prętę-
rea potest etiam negari minor propositio; fal-
sum enim est potuisse olim alienum posthu-
mum in specie, de qua loquimur ab intestato
succedere, si tempore mortis aui adhuc erat
alienus, quemadmodum nec hodie posset; quia
tunc pater dicti posthumi testatoris filius, qui
esset in primo gradu, succederet, §. ita demum
inst. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur.
193 Nec obstat secundum argumentum, quia
illa propositio, quæ habet, qui lege, uel S. C.
vel constitutione capere hæreditatem pro-
hibetur, nec ad bonorum possessionem admit-
titur, vendicat sibi locum, vbi quis nominatim,
& expresse ciuili iure prohiberetur; secus autem,
vbi quis non admitteretur ad hęreditatem iure
194 ciuili solùmodo, quia eodem ciuili iure non
esset cognitus, vt erat olim posthumus alienus,
de quo non cauebatur nominatim lege duode-
cim tabularum, vt institui non posset, sed eo iu-
re, vel tanquam incerta persona, vel aliam ob
causam quo ad successionem incognitus erat,
195 vt constat ex prin. institut. de bonorum
possess. incogniti autem de iure ciuili admitte-
bantur olim ad bonorum possessionem, vt patet
etiam in filio emancipato, qui quidem, quam-
quam iure ciuili cognitus non erat, quia tamen
nominatim succedere non prohibebatur, illum
ad bonorum possessionem vnde liberi admit-
tebat Prætor l. sed cum patrono §. 1. infra de
bonorum poss. glosa est in d. l. non ambigen-
196 dum. in fine. Pręterea, & secundò potest eadē
propositio declarari, vt vendicet sibi locum in
bonorum possessionibus, quas prætor confir-
mandi veteris iuris gratia introduxit; in illis
enim, quia iure ciuili repellitur, nec ad bonorū
possessionem admittitur; hinc si scriptus hæres
in testamento à successione repellatur; quia te-
stamentum non iure factum sit, nec ad bono-
rum possessionem secundùm tabulas, quam ve-
teris iuris adiuuandi, & confirmandi gratia
Prætor pollicetur, admittitur. & in his termi-
nis apertè loquitur tex. in l. hi demum. infra de
197 bonorum possessionibus secundùm tabulas,
& ita etiam debet intelligi d. l. non ambigen-
dum; secus autem est in bonorum possessioni-
bus, quas prætor emendandi veteris iuris gratia
pollicetur,

pollicetur, iuxta textum in princ. inst. de bonorum poss. præterea, quòd ad illas admittuntur etiam illi, quibus à iure ciuili hæreditas denegatur, alioquin si generaliter regula legis non est ambigendum in fine intelligeretur, nunquam daretur aliqua bonorum possessio veteris iuris emendandi gratiâ, quod est contra textum expressum in dicto principio inst. de bon. possess. Hinc emancipati filij, & posthumi alieni, qui ab hæreditate iure ciuili repellebantur, ad bonorum possess. per Prætorem admittebantur, vt suprà dictum est, & sic vel vna, vel altera responsione, puto omnino satisfactum huic argumento, quod plurimum vrgere videbatur.

198 Nec obstat tertium, quia negamus posthumos alienos, non fuisse institui prohibitos lege duodecim tabul. contrarium enim probatur in princ. inst. de bonorum poss. iunctis dictis per Theophilum ibi. Nec obstat lex verbis legis de verborum significatione, quia vt considerat Duar. hic, verba illa, vti quisque legasset suę rei, ita ius esto, non pertinent ad quoscunque hęredes instituendos, etiam eos, cum quibus testamenti factio non est, cùm certum sit, verba legis duodecim tabularum ad ciues tantum pertinere, & ad eos duntaxat, cùm quibus testamenti factio est; ita vt illa latissima disponendi facultas referatur ad res, quæ legabantur, non ad personas, quibus relinquebatur, quasi sit sensus, vt quilibet posset de rebus suis omnibus liberè disponere, dummodo habenti testamenti factionem relinqueret, nec tenebatur aliquam suæ hæreditatis partem cuiquam necessariò relinquere, & hęc facultas fuit deinde coangustata per legem Falcidiam, per S. c. Trebell. & alia

199 similia iuranec possumus absolutè affirmare, à media iuris prudentia non esse posthumos alienos institui prohibitos, licet aliquod responsum, in quo hac de re nominatim caueatur, non habeamus, cùm media iuris prudentia fluat ab ea iuris prudentum interpretatione, & disputatione, ius illud ciuile constituente, quòd ex non scripto venire dicebatur, l. 2. §. exactis, vers. his legibus suprà de origine iuris; Hinc responsa prudentum, quorum autoritate media iuris pru

200 dentia nititur, non habemus, cùm hæc, quib. compositæ sunt pandectę, eorum sint iuriscon-

201 sultorum, qui post Cęsares floruerunt; non esset tamen ab re fortè dicere, regulam prohibentem, ne personæ incertæ instituerentur, vtque illis inutiliter legetur, de qua in §. incertis inst. de legat. & ob quam factum est, vt posthumi alieni, tanquam similes incertis personis, nō possent institui, si Theophilo credimus in §. posthumo inst. de legat. a media iuris prudentia fluxisse.

202 Nec obstat quartum argumentum, quia posthumus alienus in specie, duplicem ob causam incertitudinis, vt infra suo loco videbimus, institui non poterat. Altera erat, quia non natus. Altera quia erat incertum, nunquid suus, vel nō suus esset nasciturus; quamobrem, in nato cessat solummodo altera ratio, non vtraque; vbi autem dispositio duabus nititur rationibus altera ratione cessante, dispositio ipsa non cessat

203 §. affinitatis inst. de neptijs. Nec fictio suffragatur, tùm quòd in proposito non prævalet veritati, tùm quòd fortè eiusmodi fictio locum non habet in casu nostro, vbi nulla potest considerari vtilitas non nati, si pro nato habeatur; propterea quòd magis ei expedit institui non posse, ita vt vbi suus nascatur, possit rūpere testamentū, quā posse institui etiā in re minima, ita tamen vt rumpere testamentū non possit.

204 Non obstat quintùm, quia dicta lex eius seruus, & d. §. seruus autem vendicat sibi locū, in seruo posthumi extranei; præterea seruus, de quo in dictis iuribus capacitatem habebat, & testamenti factionem passiuam non a posthumo, sed ab hæreditate iacente, quę defuncti personam repræsentet, & hac ratione nititur illorum iurium decisio, vt patet ex illis verbis, quia seruus hęreditarius prius quàm adeatur hęreditas institui hęres potest, quamuis is, testamenti facti tempore nullius sit.

205 Non obstat sextum, quia dicta lex. filius familias; loquitur simpliciter de posthumo in genere, non autem de posthumo alieno in specie, quamobrem, cum aliquę leges dicant institutionem alieni posthumi non valere, aliæ verò posthumum posse hæredem institui, facile est iura iuribus concordare, vt rectè etiam considerauit Dominus Andreas Fachineus lib. 10. controuersiarum iuris c. 41. columna 3. vers. ad legem filius familias, nimirum, vt quod dicitur, posthumum institui posse, distinctionem recipiat secundùm alias leges, l. non est nouum cum duabus sequentibus ff. de legibus; sensus ergo erit, vt posthumus alienus in specie, sine pendens, institui non potuerit; cæteri autem, siue sui siue extranei potuerint.

206 Non obstat septimum quia in iuribus in eo allegatis solummodo probatur, posthumo cōpetere iudicium familæ heriscundæ, & alia similia iuris ciuilis remedia, non autem posthumo alieno in specie, de quo disputamus; quamobrem possumus respondere, præfata iura locum habere in posthumis suis, & in extraneis, qui hæredes institui possunt. Præterea quando

C 2 intelligi-

intelligitur de posthumo alieno in specie, non propterea sequeretur vt potuerit eo iure esse hę res de iure ciuili, quandoquidem etiam bonorum possessori, cuiusmodi esse poterat alienus posthumus, vtile iudicium familiæ herciscundę competebat, vt docet idem Dominus Andreas Fachineus in dicto c. 41. in fine.

207 Non obstat octauum, quia dicta quoque l. si duobus in princ. loquitur de posthumo simpliciter, quamobrem debet intelligi vel de posthumo extraneo, vel de suo, de quo loquuntur leges antecedentes, dictus autem §. finalis intelligendus est de posthumo suo, & de extraneo, qui etiam alieni posthumi appellationem recipit in genere, vt suprà docuimus; nam posthumo alieno in speciè inutiliter olim legabatur, tex. est apertus in §. posthumo inst. de legatis; fieri enim debet interpretatio, per quam iura iuribus concordentur.

208 Non obstat nonum, & vltimum, quia ad dictum §. posthumus variæ possunt accommodari responsiones; prima est communis, & vulgaris, vt posthumus alienus antea potuerit institui iure prætorio inspecto, & nunc possit ex Iustiniani Constitutione, iuxta textum in §. 1. inst. de bonorum possess. Confirmat hanc responsionem Fachineus, quia non dicit Imperator antea iure ciuili institui potuisse, sed simpliciter institui potuisse; neq; enim ius ciuile id vetabat, sed non adiuuabat, quamobrem iure ciuili adire hæreditatem non poterat d. §. 1. etenim si per Iust. Constitutionem iure ciuili cognitus est, necessariò consequitur, antea incognitum fuisse, secunda potest esse, vt antea potuerit institui l. duodecim tabularum, & nunc
209 possit ex Iust. Constitutione. Tertia, & vltima potest esse responsio, vt dict. §. posthumus loquatur de posthumo extraneo, ut constare videtur ex exceptione ibi posita, exceptio enim debet esse de regula l. sed an vltro §. is autem ff. de negot. gest. Bart. ad l. si enim §. qui iniuriarum ff. si quis cautionibus. Bald. ad l. omnes populi de Iust. & iure nu. 84. cum similibus.

210 Constat igitur ex his, distinctione adhibita, facilè posse contrarias opiniones in hac materia conciliari, propterea quòd quemadmodum suprà docuimus posthumus non suus, qui potest
211 etiam in genere appellari alienus, est duplex, quidam certus, quidam incertus, certus ille est posthumus, qui non nisi alienus nasci potest, quique rectius appellatur extraneus §. posthu-
212 mo inst. de legatis; talis autem est veluti nepos nasciturus ex filio emancipato, vel filius na-
213 sciturus ex muliere, quā prohibemur vxorem habere, qui, cùm sit de necessitate nasciturus illegitimus, non potest nasci in potestate nostra;
214 eiusdem generis est etiam nasciturus post mortem nostram ex fratre, vel ex amico; & eiusmodi posthumus alienus, idest extraneus, semper potuit institui, & de hoc loquitur §. posthumus inst. de legatis, id quod deducitur ex eo, quia exceptio, vt suprà dicebamus debet esse de regula, sed exceptio in d. §. posthumus est de posthumo alieno extraneo, & sic certo, ergo etiam regula; etenim regula est, posthumus alienus, & antea institui poterat, & nūc potest, exceptio autem, nisi in vtero eius sit, quæ iure no-
215 stro vxor nobis esse non potest; eiusmodi autem posthumus est certus, cùm non nisi extraneus nasci possit, igitur regula quoque vendicat sibi locum in eisdem terminis; de hoc posthumo intelligenda sunt omnia iura prolata
216 à D. Spanocchio aduersus communem sententiam. Posthumus autem incertus ille est, qui nō modo semper antea quàm nascatur, sed etiam postquam est natus, est incertus, non dico, quia non sit natus, quandoquidem hac incertitudine etiam posthumus suus laborat, sed incertus est, quatenus diuinari non potest an testatori sit futurus suus hæres vel non, cuiusmodi est nepos ex filio viuente nasciturus, qui est in vtero nurus; antea enim quàm nascatur incertum est an sit nasciturus viuente patre, vel eo mortuo, & certè si nascitur eo viuente, nascitur non suus, cùm pater eum præcedat, quod si nascitur eo mortuo, & sic de medio sublato, suus nascitur: est etiam incertus quandoque, quando
217 nascitur viuente patre, quia si tunc adhuc viuit auus, incertum est, an sit pater prædecessurus, vel auus testator; nam si prędecedit auus, nepotem suum hæredem non habet, quem præcedit pater; quod si pater prędecedit, eo de medio sublato, auus habet suum hæredē nepotem; quapropter ratione huius incertitudinis posthumus eiusmodi antea institui non potuit, & de hoc loquitur §. posthumo inst. de legatis, & principium instit. de bonorum possess. & in eiusmodi posthumo vendicat sibi locum
218 communis DD. sententia, hanc autem incertitudinis rationem, causam fuisse, ne posset alienos posthumo in specie legari, neque hæreditas relinqui, præterquam quòd patet ex dicto §. posthumo, apertius expressit eo loci Theophilus his verbis, alienus posthumus similis est incertis personis, & ideo ei inutiliter legatur, dicit
219 autem similem esse incertis personis, nō quia, quemadmodum incertis personis legari non
220 poterat, ita nec posthumo, alioquin ratio esset eadem

eadem cum dicto; sed quia alia est incertitudo
221 posthumi, alia aliarum personarum: generalis enim aliarum personarum incertitudo versatur circa plures personas, hæc circa vnam tantum. modo, ratione diuersæ qualitatis, cum qua nasci potest, modo suus, modo alienus, vt infra la-
222 tius demonstrabimus; hæc autem incertitudo non potest in suo posthumo considerari. Quamobrem ratio D. Spannocchij reprobantis post Castrensem, Alex. & alios incertitudinis rationem, quàm reddidit Cumanus, & sequuti sunt Barth. Soc. Duar. Gonean. & alij, non obstat contra hanc, de qua loquimur incertitudinem, nihil ergo est cur specialiter reprobemus dicta D. Spanocch. part. 15. nu. decimo cùm seq. cùm per se corruere videantur.
223 Subsequitur modò secunda dubitatio, an prohibitio, ne posthumus alienus posset ante Iust. institui, fluxerit a lege 12. tabul. vel ab alio posteriori iure.

Meminisse enim oportet pro intelligentia huius articuli, triplicem considerari potissimum iuris nostri statum, nimirum legis 12. tabul. mediç iuris prudentiæ, & constitutionum principum iuxta §. cçterum inst. de legitima agnatorum successione ubi DD. in proposito igitur articulo variç reperiuntur opiniones, duæ tamen sunt principes, quarum alterá est à iure duodecim tabul. non à media iuris prudentia, vel ab alio posteriori iure prohibitionem eiusmodi originem habuisse, & hanc opinionem probauerunt communiter omnes interpretes, vt de communi testatur Dominus Spanocch. hic part. 14. nu. 3. & inprimis post. Egui: Baron. Fanc. Duar. libro 2. suarum disputationum anniuersariarum c. 38. vnica ducti ratione, quç est huiusmodi.
224 Quod iure ciuili dicitur factum, in dubio adscribitur legi 12. tabularum, tex. est in princ. iuncta glosa inst. de vsucapionibus. At iure ciuili dicitur factum, ante Iustinianum, vt posthumus alienus non posset institui, cùm dicatur fuisse iure ciuili incognitum, igitur legi 12. tabularum eius modi effectum, vt posthumus alienus non posset institui, adscribendus est, minor probatur expresse in princ. inst. de bonorũ poss. vbi habetur iure ciuili non valuisse posthumi alieni institutionem, & eundem iure ciuili, quoad successionem ex testamento fuisse incognitum; corroboratur argumentum grauissima Theophili auctoritate, qui expresse dicit Iust. emendasse erratum legis 12. tabularum, quatenus induxit vt iure ciuili posset institui posthumus alienus.

Hoc tamen argumento non obstante, contrariam sententiam amplexus est Lelius Taur. in prælodijs ad hanc legem, nimirum prohibitionem in controuersia positam fluxisse à media iuris prudentia, & hanc sententiam sequuti sunt Antonius Gouean. & Fran. Hotoma. quos refert Dominus Spanocch. hic part. 14. nu. 5. qui
226 eandem opinionem ascribit Soc. Iun. sed reuera, Socinus Iunior hic nu. 10. vers. 4. pro intelligentia aliud sentit, nimirùm fluxisse hanc prohibitionem ab antiquissima regula ante legem 12. tabularum, quæ prohibebat institui non natos. Cçterum hçc regula secũdum quam nec sui posthumi aut extranei nisi institui potuissēt, est merum somnium, nullibi enim probatur, propterea iure optimo idem Soc. vbi de ea loquebatur ingenue fatebatur in tenebris ambu-
227 lare, & nihil certi afferre posse; eodem quoque vitio laborat Cçsaris Costç opinio lib. 1. Variarum ambiguitatum c. 14 existimantis antiquissimò tempore posthumum institui non potuisse, quia in testamento per æs, & libram requireretur præsentia familiæ emptoris, id est hæredis, & sic lex non prohibebat, sed cessabat, nàm, secundùm hanc rationem, nullus potuisset posthumus institui, quicquid sit opinionem hanc, quæ habet profectam esse hanc prohibitionem à media iuris prudentia, tenuit etiam Ludouicus Caronda, quem refert D. Spanocch. hic part. 14. nu. 4. & part. 16. nu. 21. & in quandam consequentiam videtur etiam tenere Ronchegallus in princ. inst. de bonorum poss. nu. 39. & idem Dominus Spanocch. hic part. 18. quatenus sentiunt ante Iust. non habuisse locum aliquam prohibitionem institutionis alieni posthumi, & pro hac sententia vnum vel alterum potest afferri argumentum.
228 Primum enim, ad mentem Lelij Taur. adducitur tex. in l. verbis legis, de verb. significatione, verbis legis duodecim tabul. his, (inquit tex.) vti quisque legassit suæ rei, ita ius esto, latissima potestas tributa videtur, & hæredis instituendi, & legata, & libertates dandi, tutelas constituendi, sed id interpretatione coangustatũ est, & legum auctoritate, vel iure constituentium, quibus ex verbis suboritur hoc argumentum, omnes coangustationes facultatis hæredum instituendorum, non à l. 12. tabul. fluunt, quæ latissimam tribuebát potestatem, vt ibi dicitur, sed prohibitio, ne instituatur posthumus alienus, est quædam coangustatio facultatis hæredis instituendi, igitur talis prohibitio non à l. 12. tabul. fluit, sed a legum autoritate vel iure constituentium, vt ibidem dicitur.

229 Secundo

229 Secundo loco pro eadem opinione ita poſſumus raciocinari: ſi iure ciuili ante Iuſt. potuit alienus poſthumus inſtitui, aut potuit inſtitui l. 12. tabul. aut media iuris prudentia, aut conſtitutionibus principum, ſed potuit ſine dubio quandoque inſtitui §. poſthumus inſt. de legat. & non potuit media iuris prudentia, vt conſtat ex prin. legis noſtræ, alioquin fuiſſet ſuperuacanea Galli Aquili, prouiſio, nec potuit conſtitutionibus principum, cùm Iuſt. ipſe fuerit primus, qui in hac parte antiquum ius ciuile emendauit, vt ipſemet profitetur in prin. inſt. de bonorum poſſ. conſequitur ergo à ſufficienti partium enumeratione vt l. 12. tabularum duntaxat potuerit inſtitui.

230 Nec obſtat contrarium, quia illa propoſitio quę habet, quod dicitur factum iure ciuili ſimpliciter in dubio adſcribitur legi 12. tabul. falſa eſt; quia immo in dubio per ius ciuile, vbi non exponitur certum ius, intelligitur, vt referatur ad autoritatem prudentum, tex. eſt expreſſus in l. 2. §. exactis uerſ. his legibus de origine iuris, cùm igitur dicatur ſimpliciter in dicto princ. de bonorum poſſeſſ. iure ciuili fuiſſe nullam inſtitutionem hæredis poſthumi alieni adſcribenda eſt hęc coanguſtatio facultatis inſtituendorum hæredum auctoritati prudentum, & iuri conſtituentium, vt dicitur in d. l. verbis legis, non autem l. 12. tabularum; quod ſi dictis obſtare

231 adhuc Theophili auctoritatem, quæ maximę eſt virtutis, vt tradit Antonius Cótius lib. 1. Var.

232 lect. c. 1 nu. 1. reſpondeo eius auctoritatem probabilem eſſe, non neceſſariam argumento eorũ quæ traduntur per DD. & præſertim per Bart. in l. 1. ff. ſi certum petatur, etenim ipſe quoque in aliquibus eſt deceptus, vt tradit idem Contius lib. 2. var. lect. c. 1. nu. 1. & Iac. Reuard. lib. 3. de iuris ambiguitatibus c. 1. nu. 8. quòd ſi aliquã tribuenda eſt auctoritas ei, eſt tribuenda tanquam interpreti, & quatenus explicat dicta Iuſt. & in hoc cómendatur eius auctoritas ab Antonio Contio dicto c. 1. lib. 1. ſecus vbi addit aliquid nullo modo dictum à Iuſtiniano, vt in propoſito; nam in prin. iuſt. de bonorum poſſ. ne verbum quidẽm de errato l. 12. tabularum.

233 Supereſt nunc, vt veniamus ad tertium, & vltimum articulum, de ratione, ob quàm prohibita fuit poſthumi alieni inſtitutio.

Huius ergo prohibitionis rationes varię afferuntur, & quamplurimas refert Alc. paradoxorum cap. 3. lib. 3.

234 Prima redditur à Bart. quia ſcilicet lex 12. tabularum, non niſi ſuos vocabat, quamobrem de neceſsitate excludebat alienos, cęterũ hæc eſt manifeſta ęquiuocatio, propterea quod vocabat ſuos ab inteſtato, ſed non erat impedimẽto, quoniam ex cauſa teſtati, quę pręcedit cauſæ ab inteſtato l. quandiu ff. de acquirenda hęredit. quilibet poſſet hęres ſcribi d. l. verbis legis.

235 Imola, & nonnulli alij opinabantur hoc factum eſſe ex cauſa honeſtatis, ne fortè ſuſpicaretur poſthumum conceptum ex turpi coitu teſtatoris; ſed hanc ſententiam vſq; adeo exagitat, & explodit Alc. in d. c. 3. vt ſuperuacaneũ ſit de ea verba facere.

236 Et Aret. credebat hoc factum eſſe, quia nõ natus eſſet non ens, ſed hęc quoque ſententia manifeſtè falſa eſt, quia ſecundùm hanc rationem, nec ſui poſthumi, nec extranei poſſent inſtitui, quòd pariter falſum eſt, & poſthumi non haberentur pro iam natis, vt habentur.

237 Alij autem putauerunt propterea olim non potuiſſe poſthumos alienos inſtitui; quia non poſſet hęreditatis datio in tempus differri, quod fuiſſet neceſſarium vbicunq; poſthumus alienus fuiſſet ſcriptus hæres, quandoquidem differre neceſſe erat eiuſmodi hæreditatis dationẽ in tempus natiuitatis eiuſdem poſthumi; cæterum hæc quoq; ratio non modo in alienis poſthumis, ſed etiam in ſuis, & in extraneis vigebat, qui tamen inſtitui poterant; accedat etiam, quòd eiuſmodi ratione admiſſa, nec potuiſſet aliquis ſub conditione inſtitui, cùm inſtituere poſthumum ſit inſtituere aliquem ſub conditione tacita ſi naſcatur l. ſi hæres vnus ſupra familiæ herciſcundæ. Alijs quoq; rationibus rectè hanc ſententiam reprobat D. Spanocch. hic part. 15. nu. 7.

238 Alia fuit etiam opinio [illegible] hic in præludijs non propterea antiquo iure prohibitam fuiſſe hęredis inſtitutionem poſthumi alieni, quia lege aliqua de hoc nominatim caueretur, ſed quia eo tempore, quamdiù viuebat filius non poterat haberi ratio nepotis, neq; nati, neque naſcituri, quia in patris ſui poteſtatẽ erat receſſurus, ita enim (ominis cauſa) vt inquit, [illegible]s, ſperandum erat, & propterea tota illius cura filio relinquenda, neque quicquã de illius iure anticipandum, præſertim quia

239 partes inter patrem, & filium fieri non poterant, neque familię herciſcundæ iudicium inter illos exerceri, & cum hac ratione, videtur conſentire etiam illa, quam ex Soc. affert Ruinus hic num. 11. & huic ſententiæ, vt conſiderat idem Hotoma. non aduerſatur lex ſi ergo, & lex ſi ex ſua de acquirenda hæredit. vbi pater vna cum filio hęres inſtitutus pro ſua parte adit, pro alia

pro alia iubet filium adire, quia illud dicit locũ habere, quando extraneus testator filio, & patri relinquit, quo casu pater non iure hæreditatis acquirit, sed iure accrescendi, vt sentit ipse per l. si mihi purè, de legatis 2. & hęc sententia, licet aliquas patiatur difficultates, est tamen satis probabilis.

240 Illa vero ratio Cęsaris Costæ lib. 1. variarum ambiguitatum c. 14. quę habet, propterea antiquissimo tempore posthumum alienum institui non potuisse, quia in testamento per æs, & libram requireretur præsentia familiæ emptoris, idest hæredis, mihi probari nullo modo potest, tùm quòd eam ob causam, nec sui, aut extranei posthumi institui potuissent: tùm etiã quia si uera fuisser eiusmodi ratio prohibitionis statim prohibitio cessasset, ac testamentum per æs, & libram in desuetudinem abisset.

241 Alia quoque ratio potest considerari, quæ uidetur colligi ex Mar. Salom. hic nu. 18. quia scilicet, quando nepos posthumus nascitur suus, non est ille ipse qui fuit institutus; cùm tempore testamenti esset alienus, & propterea fortè nõ poterat de iure ciuili adire, & quasi nõ esset institutus rumpebat testamentum.

242 Sed quia rationes omnes quotquot sunt, ab interpretibus excogitatæ difficultatem patiuntur, propterea Leonius putat prohibitionis eiusmodi non posse certam, & probabilem causã reddi, & propterea fuisse in hàc parte antiquũ ius correctum à Iust. id quod sentit post. Alex. & Socinus Iun. hic nu. 16. sed iure optimo hanc quoq; sententiam reprobat Dominus Spanocch. hic d. part. 15. nu. 14.

243 Quia igitur præ cęteris placet mihi ratio incertitudinis, quam reddidit Theophilus in §. posthumo inst. de legatis, quamq; amplectũtur Cuman. G[illegible]th. Soc. Taurel. & alij, quæque non improbatur ab Alciat. d. lib. 3. paradox. c. 3. in fine; idcirco breuiter hanc ipsam controuertere animus est, vt à calumnijs eam defendam.

Quæro igitur an probabilis fuerit ratio, ob quam prohiberetur iure antiquo institui posthumus alienus, eiusdem posthumi alieni incertitudo, & certè in hac quoque difficultate sunt pugnantes DD. sententiæ, multi enim sentiunt hanc non esse huius prohibitionis probabilem rationem, & præsertim Dominus Spanocch. hic part. 15. nu. 9. cum pluribus seqq. & aduersus eam plura affert argumenta.

244 Primùm quidem ita illam conuellere conantur; si ratio incertitudinis fuisset in causa, vt olim non posset institui posthumus alienus, vtique neque extraneus, neque suus, in quibus viget eadem ratio, institui potuissent: quandoquidem sui quoque, & extranei laborant ae incertitudine, vt diuinari non possit an sint nasci turi necne, & an sint masculi vel fæminę nasciturę. sed hoc consequens est falsum, vt nemo negat in suis, & probatur in §. sui inst. de exhęredatione liber. & de extraneo probatur in l. Titius §. Lucius. supra eodem, & in alijs iuribus adductis in præcedenti art. ergo falsum est etiam antecedens.

245 2. Ita argumentantur; illa incertitudo, qua quis erat incertus ex certis, nunquam fuit impedimento, quò minus posset aliquis institui, vel legatum capere §. sub certa inst. de legat. at posthumi alieni incertitudo erat talis, quę faciebat incertum ex certis, & sub certa demonstratione, cùm semper demonstraretur ex qua persona nasceretur, ergo hæc ratio non potuit esse impedimento antiquitùs; quòminus alienus posthumus institueretur.

246 3. Si incertitudo reddidisset posthumum alienum incapacem hæreditatis ex testamento, posthumi ipsi ob incertitudinem non fuissent admissi ad petitionem incertę partis hęreditatis; at admittuntur l. 1. §. fin. supra si pars hæreditatis petatur, ergo incertitudo non fuit causa, cur olim posthumi essent incapaces hæreditatis.

247 4. Contra dictam rationem incertitudinis ego ita argumentor; si olim ratio incertitudinis fuisset impedimento quò minus potuisset institui posthumus alienus in specie, seu posthumus pendens, vtiq; filius nasciturus ex muliere, quæ non esset vxor, sed esse potuisset, non valuisset institui, cum sit omnino incertus etiam ratione suitatis, propterea quòd si duco vxorem eius matrem, antea quàm nascatur, nascitur cum qualitate suitatis, sin minus nascitur alienus cũ spurij non sint in potestate §. penultimo de nu-

248 ptijs, sed talis nasciturus ex muliere, quæ vxor esse potest, ante Iust. potuit semper institui, vt probatur in §. posthumus inst. de legat. in l. posthumum, in l. placet, & in l. si quis posthumos in fine supra hoc eodem tit. nostro, ergo ratio incertitudinis non potuit esse impedimento, quo minus posthumus alienus institueretur.

249 Quinto quia tunc demũ talis ratio incertitudinis debuisset impedire hęredis institutionẽ, quando aliquo casu potuisset nasci incapax, sed alienus posthumus, siuè nascabatur suus, siuè nõ suus, & extraneus, nascabatur capax, vt patet, ergo ratio incertitudinis non potuit, nec debuit impedire institutionẽ hęredis posthumi alieni.

His

His tamen argumentis non obſtantibus pleriq; hanc rationem incertitudinis amplectuntur, & probant, & præſertim vltra enumeratos ſupra, Ioannes Bolog. hic nu. 89. licet coniungat cum ratione incertitudinis aliam rationem, & Duar. lib. 2. diſputationum anniuerſariatum c. 38. & hanc communem eſſe ſententiam teſtatur poſt alios in ſuis copioſiſſimis ad hanc legem commentarijs c. 8. nu. 204. Alex. Galuanus, qui eidem opinioni ſubſcribit ſub nu. 209. ; quæ opinio vnicó, eodemq; vrgentiſſimo argumento facile probari poteſt, quod eſt eiuſmodi.

250 Eadem ratione prohibebantur inſtitui poſthumi alieni, qua prohibebantur incertæ perſonæ, vt conſtat apertè ex §. poſthumo inſti. de legatis, vbi, dum agitur de incertarum perſonarũ incapacitate quo ad legata, includitur etiam poſthumus alienus virtute dictionis, quoque, inquit enim Iuſt. poſthumo quoque alieno inutiliter antea legabatur, quamobrem poſſumus hoc modo vrgere argumentum, dictio, quoq; ſemper ſimilitudinem implicat cum antecedentibus, l. qui legatorum §. filium quoq; infra pro hærede, ſed antea dictum eſt de ijs, quibus legatur inutiliter ob incertitudinem; ergo in d. §. quoque includitur, vt ob ſimilem incertitudinis rationem inutiliter poſthumo alieno relinquatur, & ita interpretatur ibi Theophilus, dũ expreſsè dicit, alienus poſthumus ſimilis eſt incertis perſonis, & ideo inutiliter ei legatur.

251 Non obſtant nunc contraria, & preſertim primum argumentum, quia negamus illam incertitudinem, quę cõſideratur in poſthumo alieno, ob quam fuit quandoque prohibitus inſtitui, viguiſſe in ſuo, & in extraneo, quandoquidem ſuus, quandocunq; naſcatur, naſcitur ſuus, & extraneus, extraneus; ita vt vterq; ſit certus, ſolum poſthumus alienus in ſpecie eſt pendens, & ambiguus; cùm poſſit vſu venire, vt ſuus, & non ſuus naſcatur.

252 Non obſtat ſecundum argumentum, quia incertitudo, quæ conſideratur in poſthumo alieno, eſt diuerſa ab ea, quæ conſideratur in perſonis, quibus ob incertitudinẽ legari non poteſt, illa enim verſatur in pluritate perſonarum, & ideo, quãdo reſtringitur ad certas perſonas, non eſt eius efficacitatis, vt de iure antiquo impediat inſtitutionem, quod non eſt in noſtro alieno poſthumo, cùm eius incertitudo verſetur in diuerſis qualitatibus, quas naſcendo idem poſthumus poteſt induere, & ideo iura optimo Theophilus dicebat; nõ quia eſſet incerta perſona, nõ poſſe ei relinqui, ſed quia erat ſimilis incertis.

253 Non obſtat tertium de d. l. 1. §. fin. quia ibi erant poſthumi certi quo ad qualitates, quę conſiderantur in propoſito, ſed incerti quo ad numerum, & ideo petebant partem incertam à cohæredibus.

254 Nec obſtat quartum argumentum, quia filius naſciturus ex me, & non vxore, ſed ex ea, quæ poteſt eſſe vxor, eſt extraneus; cùm non ſit natus inter ſuos, ſi naſcatur tempore conditi teſtamenti, cùm non ſit in poteſtate, & non habeat principium diſponens eum ad ſuitatem futuram; Nec obſtat ſi dicas, habet eandem incertitudinem, quia poteſt naſci ſuus, ſi ego ducam vxorem eius matrem, quia hæc incertitudo, quæ non pendet à caſu, ſed à voluntario facto hominis non erat in conſideratione, id quod probatur ex eo, quia in d. § incertis, nunquam incertitudo pendet ex facto teſtatoris, & quia ſi hæc incertitudo fuiſſet obſeruata, nec extraneus iam natus potuiſſet inſtitui, quia potuiſſet deinde effici ſuus teſtatori, ſi ab eo fuiſſet arrogatus, inſt. in princ. quibus modis teſtamenta infirm. quod fuiſſet abſurdum.

255 Nec obſtat quintum, primùm quia non tenet hæc ſequela, alienus poſthumus, ſiue ſuus
naſcebatur, ſiue non ſuus, ſemper naſcebatur
capax inſtitutionis, ergò debebat poſſe ante natiuitatem inſtitui, quia ille quoq; qui fiebat
conſul poſt mortem teſtatoris ſemper quicunque
eſſet, erat capax legati; anteaquam tamen fieret
conſul ratione incertitudinis, quę erat quędam
ſcrupuloſa antiquitatis ratio (& ideo fuit
poſtea correcta) impediebatur capere legatum
256 accedat quod negari poteſt in vtrumq; caſum
naſci capacem, quia, ſi naſcebatur non ſuus, viuente
ſcilicet patre teſtatoris filio, nec natus poterat
inſtitui §. idẽ credendũ in[illegible] hac eadem
l. noſtra, per rationem H[illegible]c in prælu-
dijs, quia ſcilicet relinquenda er[illegible]cura de eo pro-
prio patri, & ideo non diſplicet, vt cum ratione
incertitudinis coniungatur ratio Hotoman.

257 Supereſt nunc, vt nonam, & vltimam de
poſthumo quæſtionem abſoluamus, qua quærebamus,
quo pacto ciuilis poſthumus, de quo
loquimur, finiretur; ad quam reſpondeó duobus
modis finiri, vel ab ortu ſcilicet, iuxta §.
poſthumi inſt. de exhæredatione liber. vel nati-
258 uitate; nam ſi naſcitur viuente patre ſuus po-
ſthumus, de ſuo poſthumo, ſuus hæres futurus
259 efficitur; ſi defuncto patre efficitur ſuus hæ-
res actu; Alienus autem ſi naſcitur viuente pa-
260 tre, & non auo efficitur non hæres, ſi viuente
auo, & patre efficitur loco poſthumi §. poſthu-
261 morum inſt. de exhæredatione liberorum, ſi

mortuo

262 mortuo patre, viuente auo, efficitur eidem
263 auo suus hæres futurus, si vero mortuo patre,
264 & auo efficitur, auo suus hęres actu; extra-
neus autem si nascitur viuente testatore, de po-
265 sthumo efficitur hæres, non suus vel extrane-
us, futurus, si eo mortuo pariter hæres non
suus efficitur, nisi nascatur ex ea, quæ vxor esse
non potest, quia tunc efficitur non hæres.

Verum quia, secũdùm hanc declarationem, posthumus, vt posthumus semper consideratur ante natiuitatem, idcirco libet paucis, in quæstionem vocare, an, adhoc vt posthumus dicatur suus vel non suus debeat inspici tempus conditi testamenti vel tempus natiuitatis eius post mortem testatoris.

In hac igitur difficultate reperiuntur de more contrariæ interpręrum sententię, quarum altera est Fortunij Garz. hic nu. 12. sentientis, ad hoc vt posthumus dicatur suus, vel alienus, & sic vt ciuilibus eiusmodi qualitatibus informetur, considerandum esse tempus mortis testatoris, & natiuitatis ipsius, non tempus antea quàm nascatur. & hanc opinionem videtur tenere etiam Ronchegal. ad dictum prin inst. de bonorum poss. nu. 37. pro qua opinione plura possunt afferri argumenta.

266 Primum igitur pro hac opinione adducitur
tex. in §. nunc de l. Velleia, infra hac eadem l.
nostra, ita inducendo. ille nepos, cui prouidetur
per primum capur legis Velleię, sine dubio est
posthumus, cum nascatur post conditum testa-
mentum viuente patre l. posthumus infra tit.
prox. cum similibus, & nos supra latè tradidi-
267 mus, sed in eo, cui prouidetur per primum
capur legis Velleię attenditur tempus natiuitatis,
non tempus coditi testamenti igitur in posthu-
mo, vt dignoscatur, quodnam genus posthumi
sit, debet tempus natiuitatis inspici, probatur
minor. Quid enim necesse est tempus testa-
menti faciendi insp'ci? cum satis sit obseruare
268 id tempus quo nascitur? dicit tex. corrobo-
ratur hoc argumentum, quia posthumus non
operatur suos effectus, nisi postquam natus est,
tunc enim rumpit testamentum, si sit præteri-
tus, vt habetur in vniuersa hac l. & in §. posthu-
mi inst. de exhæredat. liber.

269 Secundo loco pro hac eadem opinione ad-
ducitur tex. in l. posthumus supra de inofficioso
testamento, vbi, inquit tex. posthumus inoffi-
ciosum testamentum, potest dicere, eorum qui-
bus suus hæres vel legitimus potuisset fieri, si in
vtero fuerit mortis eorum tempore, ita ergo in-
duci potest si in posthumo non attenderetur
tempus mortis testatoris, sed tempus conditi te-
stamenti, ille, qui tempore conditi testamenti
non erat futurus suus, vel legitimus hęres testa-
tori, quia scilicet aliqua persona præcedebat eũ,
non posset ex eo agere querela inofficiosi testa-
menti, quia tempore mortis testatoris potuit
(sublata scilicet persona de medio) fieri suus
270 vel legitimus hęres testatori. at potest agere
querela inofficiosi testamenti ille, qui potuit es-
se suus, vel legitimus tempore mortis testatoris,
licet tempore conditi testamenti non potuisset,
igitur in posthumo non tempus conditi testa-
menti sed tempus mortis attenditur.

271 Tertio loco pro hac eadem opinione addu-
citur tex. in sępius repetito §. posthumo inst. de
legat. ita inducendo, quicquid ponitur in defi-
nitione, est de essentia rei definitę glosa est in l.
omnis diffinitio infra de regulis iuris, sed in dif-
finitione posthumi alieni ponitur ea qualitas, vt
natus sit, dum dicitur, posthumus autẽ alienus
est, qui natus inter suos, hęres testatori futurus
non est, ergo tantum abest, vt posthumus de-
stinat esse posthumus natiuitate, vt quinimmo
ad hoc, vt posthumus sit debeat esse natus.

272 4. Si posthumus desineret per natiuitatem
esse posthumus, nunquam posthumus dici pos-
set, quandoquidem natus, & posthumus stare
non possũt, cum natiuitas destruat posthumum,
sed passim appellatur posthumus natus, & præ-
sertim in l. posthumum supra hoc eodem tit.
vbi inquit iurisconsultus, posthumum ex qua-
libet vidua natum sibi filium hæredem insti-
tuere potest, & in l. posthumus infra tit. prox.
posthumus præteritus, viuo testatore natus, in-
quit tex. decessit. igitur natiuitate non desinit
esse posthumus.

273 5. Illud tempus potissimum ispici debet in
posthumo, secundùm quod magis competit ei
posthumi definitio, sed tempore natiuitatis,
maximè competit posthumo ipsius posthumi
definitio l. 3. §. 1. infra tit. prox. igitur tempus
natiuitatis potissimum spectandum est.

274 6. Et vltimo si hæc qualitas sui, vel alieni
consideraretur in posthumo anteaquam nasce-
retur, & sic quando nôn esset in rerum natura,
sequeretur illud incommodum, vt possent dari
qualitates sine subiecto, sed hoc est omnino falsum, quandoquidem subiecto non existenti coherere non possunt qualitates l. 2. suprà de vsufructu, tex. est in prin. inst. eod. igitur nec sui, vel alieni qualitas potest ante natiuitatem posthumi considerari l. vlt. infra de collatione bonorũ & l. & quod in rerum de legat. 1.

Horum tamen argumentorum ratione minimè habita, in contrariam sententiam, videtur

ire Azo in sua summa C. eodem in prin. in continuatione tituli, eandem opinionem sequitur Bart. hic nu. 2. in §. ille casus, in §. nunc de l. Velleia, & in §. si eius infra hac eadem l. nostra necnon in l. posthumus de inoffitioso testamento, sequitur etiam Ias. hic nu. 5. vbi de communi testatur, necnon Marius Salam. hic in præludijs nu. 12. & pro hac quoque sententia plura afferuntur.

275 Primum autem adducitur per Bart. tex. in l. nostra iuncta l. penult. de legatis, primo ita inducendo, ad mentem Ias. hic. nu. 5. Posthumus Galli sine dubio est alienus d. l. penult. ff. de legat. 1. vbi inquit l. C. Hæredi posthumo fideicommissum dari potest, sola enim voluntas seruatur in fideicommissis, & obtinuit sententia Galli, alienos quoque posthumos legitimus nobis hæredis fieri; & est communis opinio, vt videbimus infra, & de communi testatur D. Spanocch. hic part. 13. num. 2. sed, si spectaretur tempus mortis testatoris, quo tempore est sublatus de medio filius ipsius, & posthumi pater, non alienus sed suus esset sine dubio, quia esset in primo gradu patriæ potestatis §. posthumorum inst. de exhæredatione liber. igitur ad hoc vt cognoscamus an posthumus sit suus, vel alienus inspicitur tempus conditi testamenti, non tempus mortis testatoris vel natiuitatis ipsius posthumi.

276 2. Loco pro hac opinione pondero ego tex. in §. ita demum in vers. posthumi, inst. de hæredit. quę ab intestato defer. vbi inquit tex. posthumi quoque, qui, si viuo patre nati essent, in potestate eius futuri forent, sui hæres sunt, ita inducendo, si posthumi considerarentur post mortem testatoris, non traderetur regula ad cognoscendam eorum suitatem, vt inspiceretur nunquid, si nascantur eo viuo, in eius essent potestate; sed ad hoc vt dignoscatur suitas posthumi illa traditur regula, vt attendatur tempus quo viuit parens, an in eius potestate, si tūc nascerentur, fierent, igitur in posthumis, vt cognoscantur, an sui sint vel alieni, non tempus mortis, sed tempus quo viuit pater, ante eorundem posthumorum natiuitatem, attenditur.

277 3. Ita argumentor, si posthumus non esset vere posthumus antea quam nasceretur, non esset inducta regula, vt in his, quæ pertinent ad commodum eorum pro iam natis haberentur (non potest enim idem pro eodem haberi) & termini eiusmodi, posthumus, & natus non opponerentur, at opponuntur in hoc tit. nostro de liber. & posthumis, tam in rub. quam possim in iuribus sub ea contentis, & alibi, & regula est in iure, vt pro iam natis habeantur l. qui in vtero supra de statu hominum, igitur propriè posthumus dicitur antea quam nascatur.

278 4. Et vltimo, omissis alijs adductis per Marium Salam. hic nu. 11. cum sequentibus, probat aperte hanc sententiam tex. in l. nomen filiarum ff. de verborum significatione: vbi, disertis verbis habetur, certum esse nomen posthumæ non cadere in eam, quæ iam in rebus humanis sit, sed natus filius, sine dubio in rebus humanis esse dicitur, igitur posthumi nomen in iam natum non cadit.

279 Non obstant nunc contraria, & præsertim primū argumentū, quia negamus attendi tēpus natiuitatis, vt quis dicatur posthumus, vel non posthumus, tempus enim natiuitatis inspicitur in § nunc de lege Velleia, quo ad effectum rumpendi, vel non rumpendi testamenti, qui effectus est potius sui hæredis, quàm posthumi, & ideo suus posthumus, licet sit prętéritus, non rumpit, sed quando ex suo posthumo per natiuitatem agnascitur, & fit suus hæres, testamentum rumpitur § posthumi inst. de exhæredatione liberorum.

280 Nec obstat secundum, de d. l. posthumus, quia ibi quoq; attenditur tempus mortis testatoris, non vt dicatur posthumus suus, vel legitimus, sed vt dicatur hęres, vt dicit expresse ille tex. & consequenter vt possit agere querela inofficiosi testamenti.

Non obstat 3. quinnimo retorquetur, quia in d. §. posthumo definitur posthumus, vt nascitutus, non vt natus, quia illud verbum, natus, exponitur si esset natus, vt latè probauimus supra, igitur est posthumus quando non est natus testatori, iuxta d. §. ita demum vers. posthumi quoque inst. de exhæredatione liberorum.

281 Nec obstat 4. de dicta l. posthumum, quia ibi quoque debet exponi, natum, idest cum sibi nascatur filius, alioquin ibi appellaretur posthumus ille, qui esset natus, non modò ante mortē testatoris, sed etiam ante conditum testamentū; in alijs autem iuribus, licet posthumus appelletur natus post mortem testatoris, vel post conditum testamentum, vt in d. l. posthumus infra tit. prox. fit gratia demonstrationis illius, qui fu-

282 it quandoquè posthumus, vt appellatur in §. aliquando res furtiua, quæ quandoque fuit furtiua, vel fit secundum appellationem naturalem non autem ciuilem.

283 Non obstat 2. de d. l. 3. §. 1. infra tit. prox. quia loquitur de posthumo naturali, qui dicitur etiam post mortem, immo tunc maximè, & propriè dicitur posthumus, quando certum est cū

natum

natum esse post humatum patrem, vt suprà docuimus, secus est in posthumo ciuili, qui dicitur nasciturus post dispositionem testatoris, vt supra dicebamus.

284 Non obstat 6. & vltimum argumentum, quia falsum est posthumum, anteaquam nascatur, non esse ens; præsertim iure ciuili inspecto, cuius virtute in compluribus casibus pro iam nato habetur §. penultimo inst. de tutelis. Hinc institui potest hęres, quod fieri non posset, si esset non ens; quandoquidem, non entis nullæ sunt qualitates l. eius qui in prouincia ff. si certum petatur.

285 Si tamen velles componere contrarias opiniones, posses illas conciliare in hunc modum,

286 vt per Soc. Sen. hic nu. 1. qui dicit in successione ab intestato considerari posthumum tempore mortis testatoris; in successione autem ex

287 testamento tempore conditi testamenti; cùm triplex habilitas consideretur in d. successione l. si alienum §. in extraneis infra de hæredibus inst.

Absoluta prima parte, quæ pertinebat ad animaduersiones; venio nunc ad secundam, in qua explicaturus sum tex. ipsum, sed quia glosa hic in verbo, posthumus, quærit quo pacto coniungatur lex nostra cum pręcedentibus, id quod quęrit etiam Bart. infra in prima sua quæstione nu. 1 1. opportunius ego hic vnà cum Bald. sub nu. 1. antea quàm veniam ad explicationem lite

288 ræ, hac de re breuiter agam. Illud ergo imprimis admonendi sumus, conexionem eiusmo

289 di minimè esse necessariam, cùm in iuris compilatione certus ordo in dispositione ipsarum legum non sit seruatus, vt glosa Bart. & Bald. dictis in locis affirmant, & cęteri interpretes

290 communiter sequũtur. Sed quia non est ab re, vt quandoque, saltem ad bene esse, lex etiam cum lege connectatur, propterea vnà cum glosa, & alijs, duobus modis legem hanc cum præ

291 cedentibus connecto. Primus modus est, supra in præcedentibus legibus dictum est de vero posthumo, nunc autem de posthumo nepote, qui non est simpliciter posthumus; sed quasi posthumus; verum quia nepos quoque post mortem aui nasciturus, secundùm veriorę DD. sententiam, est propriè posthumus, vt infra nos quoque docebimus; idcirco magis placet secun

292 da cõnexio, quam probat etiam Bald. nempè, vt dicamus; supra dictum est, qualiter posthumi præteriti rumpant testamentum, nunc autẽ, qualiter prouideatur ne rumpatur, id quod partim fit secundùm consilium Galli, partim ex dispositione legis Velleię.

293 Sed veniendo ad tex. diuido legis nostræ principium in duas partes, in quarum prima Scæuola I. C. huius responsi auctor Gallum Aquilium induxisse, vt posthumus nepos institui posset, affirmat, In secunda scribit eiusdem Galli formulam illis ipsis verbis, quibus ab autore concepta fuit. Secunda pars sumit initium, ab illis verbis, si filius meus.

294 Potest redigi in compendium; vt eius argumentum sit eiusmodi ex sententia Galli, posthumus nepos institui potest, si viuo auo moriatur filius, & dictus nepos post mortem aui nascatur, vel breuius, ex Salam. hic. Alienus posthumus secundũm Galli cautionem in casum suitatis potest institui.

295 Facti autem species ita confingi potest: fuit quęsitum à Gallo Aquilio, an posthumus nepos nasciturus ex filio viuente, posset aliqua cautela, vel formula institui, & pro ratione dubi

296 tandi, videbatur respondendum negatiuè, quia adhoc vt valeat institutio debet concurrere habilitas instituti tempore conditi testamenti l. si alienum §. in extraneis infra de hæredibus inst. §. in extraneis inst. de hæredum qualitate, & differentia; sed hic posthumus nepos tempore conditi testamenti, cùm viuat pater, ex quo nasciturus est, dicitur esse incapax ratione incertitudinis, qua ratione cum communi sententia concludebamus prohibitum fuisse olim alienum hunc posthumum instituere; igitur nulla ratione fieri posse videbatur, vt vtiliter institueretur: Hac tamen ratione non obstante cauendo consuluit Gallus, vt posset institui hac conditione, & formula, si filius meus viuo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, siue quæ neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erat: hæredes sunto; & ratio suę consultationis, & cautionis fuit, quia in tempus capien

297 dæ hęreditatis institui hæredẽ posse beneuolentię est, vt dicit lex in tempus infra de heredibus inst. & consequenter incapax institui potest, si institutio conferatur in tempus capacita

298 tis; hinc rectè Bald. notauit ibi ex d. l. paria esse aliqua fieri in tempore concesso, vel tempore prohibito; dummodò tamen dirigatur effectus in tempus concessum; non enim inspicitur tempus præsens, sed id, in quo fundatur dispositio, modò aliud non impediat argumento l. si minor supra de seruis exportandis.

299 Non obstat ratio dubitandi in contrarium adducta; quia vendicat sibi locum, vbi incapax simpliciter instituitur, secus si instituatur in tempus habile, quia tunc satis est, vt sit capax tẽpore

capiendæ hæreditatis; etenim, vt dicit Marius
300 Salam. hic nu. 11. quæ simpliciter geruntur, in dubio præsumuntur fieri secundum statum præsentem; etiam si nulliter gerantur, facit lex si stipuler, & lex si rem meam, infra de verbo-
301 rum obligationibus; & ideo superueniente habilitate non ideo conualescunt per regulam l. quod ab initio, infra de regulis iuris; sed si agens voluntatem suam declaret, conferendo in tempus cessantis impedimenti, præsens vitium non nocet, alioquin regulariter nocet, nec conualescit institutio, vel quia ab initio fuerit contra leges, vel quia, non secundum voluntatem instituentis mutata sit conditio instituti, vel quia nõ ille sit, qui fuit institutus, argumento l. commodissimè s eodẽ vt per Salam. hic sub dicto n. 11.
302 Venio nunc ad explicationem literę; inquit ergo Scæuola.
303 GALLVS AQVILIVS, I.C. scilicet celebratissimus ab antiquitate, qui Collega fuit Ciceronis in prętura, vt idẽ Cicero est
304 autor in oratione pro Cluentio, a quo primũ probata est formula de dolo malo Cicero lib. 3.
305 de natura Deorum, & lib. 3. de officijs, quique stipulationem aquilianam adinuenit, l. & vno de acceptilat. §. 1. inst. quibus modis tollitur obligatio, de quo sæpe in iure fit mentio, in l. pen. de legat. 2. in l. 2. §. post hos supra de origine iuris, vbi hæc eadem de Gallo notat etiam M. Ant. Muretus, idem de eo affirmant
306 Salam. hic nu. 47. Eguinarius Baro Duarenus, Cuiac. & eruditiores, eumq; diuinis propemodum laudibus extollit M. Tull. in oratione pro Aulo Cecinã, his potissimum verbis. Hoc dicam nunquam eius auctoritatem minimum valere, cuius prudentiam P. R. in cauendo, non in decipiendo prospexit, qui iuris ciuilis rationem nunquam ab ęquitate seiunxit, qui tot annis, ingenium, laborem, fidem suam P. R. promptam expositamq; præbuerit, qui ita iustus, & bonus vir est, vt nostra non solùm disciplina consultus esse videatur, ita peritus ac prudens, vt ex iure ciuili non scientia solum quædam; verùm etiam bonitas illi nata videatur, cuius tantum est ingenium, tam prompta fides, vt quicquid inde haurias purum, liquidum te
307 haurire sentias; Gallus ergo hic noster, qui
308 fuit Q. Mutij P. Q. Pont. Max. auditor, & eloquentissimi seruij Sulpicij præceptor, fuit in formulis concipiendis probatus multùm, & ideo
309 inter alias cautionem hanc, & formulam de instituendis posthumis nepotibus concepit, quã deinde Serbidius Scæuola Æmilij Papiniani præceptor, qui plurimum auctoritate valuit apud D. Antonium Philosophum, interpretatus est, & quia quemadmodum fuit insignis, prudentię
310 & probatissimę doctrinę vir, ita fuit sermonis duriusculi, & concisi vt testatur etiam Salam. in præludijs hic in fine, ideo hanc ipsam interpretationem ad formulam Galli, & ad l. Velleiam,
311 quam facit in hac l. nostra reddidit obscuriorem, & difficiliorem; nos tamen, Deo dante, eam dilucidam, & planam reddere conabimur, sed vt textum explicemus, non autem Iurisconsultorum encomia faciamus, subdit Scæuola.
312 SIC POSSE INSTITVI, POSTHVMOS, NEPOTES INDVXIT. Sic posse institui, idest secundùm subiectam formulam, non simpliciter, & sine collatione institutionis in tempus habile, cum esset incapax alienus posthumus simplicis institutionis eo tempore, quẽ deinde Iust. sua constitutione simpliciter reddidit capacem, tollẽdo regulam prohibitiuam, ne personæ incertę, vel illis similes caperent ex testamento, & illud verbum, institui, intelligo vna cum glosa, idest substitui, cum putem per formulam Galli posthumum nepotem vulgariter substitui, vt latius infra disputando in tertia parte
313 docebimus. Posthumos nepotes, quorum pater scilicet tempore testamenti superstes est, & consequenter, qui sunt auo alieni posthumi in specie, quorum institutio partim quia similes essent incertis personis, partim, quia eorum patri integra de illis cura esset relinquenda, vt Hotomano placet, prohibebatur, vel illius ratio non habebatur, appellat autem nepotes huiusmodi posthumos, vt illos ad auum referat, non ad patrem, induxit cauendo scilicet, vt Salam. Lelius Taurell. Duar. Cuiac. cęterique melius sentientes interpretantur, & nos quoque supra
314 tetigimus, & infra latius demonstrabimus, nõ autem legem ferendo, cum talem non haberẽt
315 auctoritatem; munus enim veterum Iurisconsultorũ versabatur in cauendo, in respondendo de iure, & interpretando, vt Duar. & Cuiac. ex Cicerone ad Q. F. lib. 3. hic notant, sequuntur modo verba formulæ.

SI FILIVS MEVS, incipit à substitutione, omissa institutione, quæ fiebat per hæc verba, filius hæres esto; ne cum formula Galli Aquili misceatur filij institutio, quæ communi, & vulgari iure fieri, debebat l. inter cętera infra eodem. omissum est ergo a Scęuola, inquit Hotom. quod tritum, & notum in vulgus erat.
316 VIVO ME MORIETVR, TVNC SI QVIS MIHI EX EO NEPOS SIVE QVÆ NEPTIS; Cum, & ipsa agnascatur auo, & præterita rumpat testamentum posthu-

morum

morum infra titulo proximo.

317 POST MORTEM MEAM IN DECEM MENSIBVS PROXIMIS; Nam decimo mense legitimè hominem gigni Decemuiri duodecim in tabulis cauerunt, vt Gellius lib. 3. c. 19. testatur, & ideo eiusmodi decem mensium spacium consueuit in similibus formulis apponi, vt in l. vltima C. eodem & in l. vlt. de fideicom. libert.

QVIBVS FILIVS MORERETVR; idest quorum decem mensium ratio a die mortis filij, ex quo conceptus est, est ineunda, non à die mortis aui.

HÆREDES SVNTO, vel exhæredes sunto; alterum.n. sufficit vt ī videbimus ad rup telā testamenti vitandā, si nepos, mortuo filio, auo agnascatur; attulit tamen Gallus exēplū dū taxat de institutione; ne videretur parentes ad liberos exhæredandos inuitare.

318 Ex hoc tex. ita explicato, colligo conclusiones, & primam Gallum induxisse, vt quis posset instituere posthumos nepotes.

Verùm quia eiusmodi conclusio difficultatem patitur propterea; pro exacta illius explicatione septem propono discutiendos articulos.

1. An posthumus nepos sit propriè posthumus.
2. An sit suus, vel alienus.
3. An Gallus induxerit, vt posset institui.
4. An ante Gallum iure potuisset eodem modo institui.
5. An Galli institutio sit necessaria, vel voluntaria.
6. An per formulam Galli posset olim posthumus nepos exhæredari.
7. Et vltimo an Gallus induxerit, vt nepos posthumus institui posset, legem condendo, vel cauendo.

319 Redeundo igitur ad primum articulum, quæro an posthumus nepos, qui nascitur post mortem aui, prædefuncto etiam antea patre, sit propriè posthumus; respectu aui, qua in re sunt de more pugnantes opiniones; prima est glosę hic in verbo, posthumus, existimantis, non omni respectu esse propriè posthumum, & hanc opinionem sequuntur Bart. hic in 3. oppositione sub nu. 6. Bald. in 4. oppositione sub nu. 7. Ias. nu. 49. Hieronim. Torniel. licet distinguat plures casus, nu. 50. Ioan. Bolog. nu. 151. & Ioan. Ronch. ad prin. inst. de bonorum poss. nu. 28. & pro hac opinione, vnum, vel alterum afferri potest argumentum.

320 Primùm autem licet nobis pro ea ita argumentari; ille posthumus, cui etymologia eiusdē posthumi non competit, nō est propriè posthumus, ex doctrina Bart. ad l. omnes populi de Iust. & iure num. 59. at posthumo nepoti non competit posthumi etymologia, cùm, quatenus refertur ad auum, non possit dici natus post humatum patrem, pro vt exponitur per eius etymologiam, argumento l. 3. §. 1. infra tit. proximo, igitur posthumus nepos, non est propriè posthumus.

321 2. Adducitur tex. in §. posthumorum inst. de exhæredatione liber. & l. posthumorum infra tit. prox. ita inducendo; propriè tale non dicitur esse, quod est loco talis, argumento l. quod nerua ff. depositi, sed nepos succedens in locum patris, qui agnascitur auo, dicitur esse loco posthumi dd. iuribus; igitur talis posthumus nepos non est propriè posthumus.

322 Accedat etiam 3. quòd non est propriè tale id, quod non est simpliciter tale, Bart. ad l. Lucius §. quæsitum ff. de legatis 3. at posthumus, da quo agimus, non est simpliciter posthumus, sed secūdum quid, nimirum posthumus nepos, vt habetur in tex. nostro, igitur non est propriè, & verè posthumus.

In contrariam tamen opinionem iuerunt interpretes communiter sentientes huiusmodi posthumos nepotes proprios esse, & verè posthumos, vt de communi testatur Ronch. in d. princ. inst. de bonorum poss. nu. 28. & in specie tenuerunt hanc opinionem Alex. ad rub. supra eodem nu. 4. hic autem, Lancellottus Galiauola nu. 24. Fort. Gar. num. 94. Mar. Salam. in præludijs n. 9. & Soc. Iun. n. 40. & Alex. ad rub. supra eod. Taurell. hic & Cuiac. tam hic, quā lib. 3. obseru. cap. 4. & hæc opinio, quæ, & receptior est, & verior, facilè potest pluribus, ijsdemq; vrgentissimis argumentis comprobari.

323 Primùm autem probatur hæc opinio per tex. in l. quod si nepotes, in fine supra de testam. tut. & in §. fin. institut. qui testa. tut. dari possūt, ita inducendo; illi dicuntur propriè posthumi,

324 qui comprehenduntur in materia strictè interpretanda, quæ impropriā interpretationem non patitur, sed nepotes posthumi, qui post conditū testamentum, vel post mortem aui nascuntur comprehenduntur, vbi datur tutor posthumis, vt in dictis iuribus, in quibus apertè dicitur. Planè si posthumis dederit, tàm filij posthumi,

325 quàm cæteri continebuntur; & tamen materia datiouis tutelæ, impropriam non admittit

326 interpretationem; cùm si tutor datur filijs, nō intelligatur datus nepotibus; igitur posthumi nepotes sunt propriè posthumi; nec dicas legendum esse, posteris; quia est contra receptam lectionem,

ctionem, & corroboratur argumentum; quia verbum, continere, quo vtuntur illa iura, ſignificat proprietatem Dec. ad l. 2. in §. creditum ff. ſi certum petat. nu. 3. l. hæredis appellatio infra de verborum ſignificatione, vbi Petrus Rebuff.

327 2. Is, cui competit poſthumi definitio ſine dubio eſt propriè, & verè poſthumus, doctrina Bart. in d. l. omnes populi nu. 59. ſed poſthumo nepoti competit diffinitio poſthumi tradita in §. poſthumo inſt. de legat. igitur eſt propriè poſthumus.

328 3. Ille eſt propriè poſthumus, qui continetur ſub. genere poſthumi; cùm genus prædicetur æquè propriè de omnibus ſuis ſpeciebus l. ſi quid earum §. interemptum de legat. 3. l. inter agnatos infra vnde legit. Bart. in l. 1. ff. ſi certũ petat. num. 2. Bol. in l. 2. C. de iure aureorum

329 anul. ſed poſthumus nepos ſemper continetur tanquam ſpecies ſub genere poſthumi, cũ ſemper naſcatur, vel ſuus, vel alienus; igitur poſthumus nepos eſt verè, & propriè poſthumus.

330 4. Si de quo minus videtur ineſſe, & ineſt, ergo, & de quo magis; ſed minus videtur ineſſe, vt filius extranei, vel filius filij emancipati, ſit nobis poſthumus, quàm nepos, & tamen ineſt, quia extranei poſthumi referuntur ad genus poſthumorum, & paſſim poſthumi appellantur d. §. poſthumo verſ. ideoque inſt. de legat. l. Titius §. Lucius ſupra eodem l. extraneo infra de ventre in poſſeſſionem mittendo; ergò multo magis ſunt poſthumi nepotes.

331 Non obſtant contraria, & præſertim primũ argumentum ab etymologia, quia, præterquam quòd procedit in poſthumo naturali, non in ciuili, de quo loquimur, nihil in etymologia dicitur de patre, niſi gratia exempli; cùm vox, po-

332 ſthumus, non niſi a poſt, & humo dicatur: accedat quòd dicitur & poſthumus quaſi natus poſt humationem parentis, non patris l. 3. §. 1. infra tit. prox. parentis autem appellatione venit etiam auus.

333 Nec obſtat l. poſthumorum infra tit. prox. & §. poſthumorum inſt. de exhæredatione liberorum; quia loquuntur de nepote iam nato tempore conditi teſtamenti.

334 Nec obſtat 3. quia in tex. noſtro appellatur poſthumus nepos, vt diſtinguatur ab alijs ſpeciebus poſthumorum, non autem, quia ſit improprius poſthumus, & maior propoſitio tertij argumenti nunquam habet locũ, quando illud q; addijcitur ponitur ad demonſtrandam diuerſitatem terminorum, vel ſpecierum, vel accidentium, vt putà, ſi dicatur animal rationale, vel homo grãmaticus, huiuſmodi enim qualitates, nõ ſunt notę improprietatis; ſed declarationes reſtrictiuæ conſtituentes differentiam inter homines, & bruta, inter grãmaticos, & non gramaticos; etenim homines quoque ſunt propriè animalia, & grãmatici propriè homines: colligitur hæc declaratio ex Caſtrenſi ad l. primam C. de ſucceſſorio edicto, tradit etiam Alc. lib. 2. de verborum ſignificatione circa principium.

335 Subſequitur modò ſecundus articulus; an ſcilicet hic poſthumus nepos, ad quem pertinet Galli formula, ſit ſuus, vel alienus, qui autem ſui ſiunt poſthumi, & qui alieni manifeſtum eſt ex his, quæ ſupra tradidimus in prima parte in ſexta queſtione de poſthumo; ita vt pro intelligentia terminorum huius quæſtionis ſufficiat ſolummodo adnotare, dubitationem intelligendam eſſe, an hic nepos poſthumus ſit ſuus, vel alienus in ſpecie, quandoquidem eum; cùm ſit in poteſtate, extraneum non eſſe indubitati iuris eſt.

In hac igitur dubietate plures ſunt DD. ſententiæ, & præſertim duæ, & pugnantes, quarũ altera eſt, vt hic poſthumus ſuus ſit, non autem alienus, & hanc opinionem tenuit in primis Alc. lib. 3. paradox c. 2. Viglius in §. ſeruus etiã inſt. de hæred. inſt. nu. 3. & in hanc opinionem videtur inclinare Ioannes Ronch. in princ. inſt. de bonorum poſſ. nu. 37. verſ. at circa hoc, ſequuntur etiam hic Fort. Garz. nu. 10. cum ſeq. Lęlius Taurell. Duar. Cuiac. & alij, & plura pro hac opinione afferuntur.

336 Primùm autem ita virtute argumentantur: ille poſthumus, qui inſtituitur, ne rumpat natiuitate teſtamentum, neceſſe eſt, vt ſit ſuus; cùm non niſi ſui præteriti rumpant natiuitate teſtamentum, §. poſthumi inſt. de exhæredatione liberorum, at poſthumus nepos, de quo Gallus in l. noſtra, tàm ex Galli prouiſione, quàm ex prouiſione legis Velleiæ, inſtituitur, ne rumpat natiuitate teſtamentum, & idem credendum in fine, & §. nunc de l. Velleia infra eadem lege, igitur poſthumus nepos, de quo agimus, ſuus eſt, non autem alienus.

337 2. Nullus poſthumus, qui poterat inſtitui ante Iuſt. conſtitutionẽ erat alienus inſt. in princ. de bonorum poſſ. & poſthumo inſt. de legat. ſed poſthumus nepos, de quo loquitur Gallus, poterat inſtitui ante Iuſt. conſtitutionem, ſecundum prouiſionem Galli, & ſecundum prouiſionem legis Velleiæ, vt patet in l. noſtra, igitur talis poſthumus non eſt alienus, & conſequenter; cùm nec extraneus ſit, à ſufficienti partium enumeratione conſequitur, vt ſit ſuus.

338 3. Ille poſthumus, qui quando naſcitur, ſi

teſtator

testator viueret, esset in illius potestate, & nemo eum præcederet, sine dubio est posthumus suus §. ita demum vers. posthumi quoquè institutionibus de hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur, vbi DD. at posthumus Galli, quando nascitur sine dubio, si viueret auus testator, in eius esset potestate, inst. in prin. de patria potestate, & primum locum obtineret, cum supponatur mortuus pater ipsius, viuente auo, igitur talis nepos, suus posthumus esse dicitur.

339 4. Ad mentem Bart. Soc. hic numero primo, ita possumus argumentari, omnis posthumus non extraneus dicitur esse suus, argumento §. posthumo inst. de legat. sed posthumus Galli; non est extraneus, cum sit in potestate tempore conditi testamenti, conceptus est enim ex filio in potestate, igitur eiusmodi posthumus est suus.

340 5. Ad mentem Alc. Duar. & aliorum ita licet argumentari, posthumus alienus est, qui natus inter suos, hæres testatoris futurus non est, sed posthumus Galli natus sine dubio suus hæres testatori futurus est, ergo posthumus Aquilianus alienus non est, & consequenter suus est, cum nec extraneus dici possit.

341 6. Ad mentem Cuiac. ita argumentor omnes posthumi, de quibus agitur in hoc tit. nostro de liber. & posth. exhæredan. & hæred. instituen. sunt sui, cum non nisi sui sint necessario exhæredandi vel instituendi, sed de posthumo Aquiliano, in hoc agitur tit. vt patet, ergo talis posthumus est suus.

342 Accedat 6. Quicquid de duabus qualitatibus simplicibus participat, vel ad neutrum ex simplicibus refertur, sed quid tertium constituitur §. si duorum inst. de rerum diuisione, vel si ad aliquod ex simplicibus referri debet, ad illud debet referri, quod in eo potentius est, l. quæritur supra de statu hominum sed posthumus
343 Aquilianus, de duabus qualitatibus sine dubio participat, quia quatenus alius eum præcedit, ita vt nasci possit non in primo gradu patriæ potestatis, participat de alieno; quatenus autem in potestate est, ob quam nasci potest suus, si de medio tollatur pater, participat de suo, & hæc posterior qualitas in eo est potentior, cum ad eam tanquam ad finem dirigatur Galli prouisio, licet sit in potentia ad vtramq; igitur Aquilianus posthumus, vel nec suus, vel nec alienus est, vt Bart. Soc. nu. 1. Bolog. nu. 9. Alex. Galu. in d. c. 3. nu. 104. Soc. iun. nu. 2. Alijque, vario tamen modo opinantur, sed quid tertium, aut suus dicendus est, & presertim cum vnum quodque à suo fine denominetur iuxta tradita per Bald. in l. ex hoc iure ff. de inst. & iure, & plene per Euerard. in loco a virtute finis.

His tamen rationibus, quamquam vrgentissimis, non obstantibus, in contrariam sententiã plerique iuerunt, sentientes, Aquilianum hunc posthumum absolutè alienum esse, ita sentit Bart. hic nu. 2. Bald. nu. 3. Angel. num. 1. Castr. nu. 1. Aret nu. 1. Alex. nu. 1. Ias. nu. 4. & 5. Ruin. nu. 2. & 3. & hanc sententiam tenet etiam Mar. Salam. in prælud ijs nu. 11. cum seq. & Lancellottus Galia. nu. 7. & hæc est communis, & receptissima scribentium opinio, vt de communi testatur Dominus Spanocch. hic part. 13. nu. 2. qui tamen eamdem sequitur in eadem part. nu. 25. & pro hac quoque communi sententia, quã veriorem esse arbitror plura adducuntur.

344 Primùm autem ita virtute argumentantur, ille sine dubio posthumus alienus est, cui definitio competit alieni posthumi l. 1. §. dolum ff. de dolo, vbi notat Bart. cum cæteris latissimè adductus per Enerardum in loco à definitione, sed posthumo Aquiliano, sine dubio competit alieni posthumi definitio per Iust. tradita in §. posthumo inst. de legat. igitur talis posthumus alienus est, non suus, probatur minor, quia hic posthumus nepos, de quo agimus sine dubio, si nasceretur tempore conditi testamenti, nasceretur inter suos idest in potestate, & ex suo, quia nasceretur ex filio in potestate, & sic diceretur nasci inter suos, idest ex numero eorum, qui possunt fieri sui, cum habeat patriæ potestatis principium ad futuram suitatem disponens, testatori tamen; si tempore 53. quo testaretur natus esset, non fieret ex posthumo suus hæres futurus auo testatori, cuius futurus hæres esset filius suus, pater dicti nepotis, qui eum in gradu præcederet, huic ergo nepoti singula verba dictæ definitionis accomodantur, est enim posthumus, cum tempore testamenti natus non sit, qui tamen natus, idest si esset natus inter suos, hoc est ex numero eorum, qui possunt fieri sui ratione patriæ potestatis, suus tamen testatori futurus non esset, hæc verba non sonant, vt hæres testatori nullo vnquam tempore esse possit, sed non est scilicet de præsenti hæres futurus, hoc est non habet immediatam qualitatem futuræ suitatis, eam enim habet eius pater, qui de præsenti est suus hæres futurus, non suus hæres actu, cum viuentis nõ detur hæres, vt supra latissimè declarauimus.

345 2. Loco pro hac eadem opinione ita argumentor, omnis posthumus, aut est suus, aut extraneus, aut alienus, vt patet ex § posthumo inst. de legat. si rectè intelligatur, iuncto §. ita demũ,

in §.

in §. posthumi quoque, inst. de hęredit. quæ ab
intestato deferuntur, & ex tradictis à nobis su-
pra in animaduersionibus in 6. questione de
posthumo, sed Aquilianus posthumus non est
extraneus, cum possit nasci suus, nec est suus,
cum possit nasci non suus, vt patet in tex. no-
stro, ergò à sufficienti partium enumaratione
relinquitur, vt sit alienus, &, hoc argumentum
ita conceptum, non eneruat responsio Domini
Spanocch. hic part. 13. nu. 4. nec dicas cum eo-
dem, secundùm hanc nostram declarationem,
posthumum esse alienum illum, qui minime
346 omnium est alienus, cum possit nasci suus,
nam replicamus alienj posthumi qualitatem ex-
cludere tantummodo suitatem de pręsenti, &
actu; qualitatem autem extranei, excludere
suitatem, tam in pręsenti, quàm in futurum, &
tàm actu quàm potentia, ita vt omnis extrane-
us sit alienus, non autem omnis alienus extrane-
us, alienus enim in specie, necque extraneus est
neq; suus, sed medium quoddam.
347 3. Pro hac eadem sententia adducitur tex.
noster iuncta l. penultima de legat. 1. ita indu-
cendo. posthumus, qui ax sententia Galli hæres
nobis fieri potest, est posthumus nepos, de quo
loquitur lex nostra, sed talis posthumus, quem
fieri nobis hæredem ex sententia Galli obtinuit,
posthumus alienus appellatur a Paulo I. C. in
d. l. penultima, igitur hic Galli posthumus, de
quo agimus, alienus est posthumus, nec dicas
cum Cuiac. & cũ Domino Spanocch. hic part.
13. num. 7. & cum Duar. tàm hic, quàm lib. 2
disput. anniuers. c. 38. nec non cum Viglio in §.
seruus etiam alienus inst. de hæredibus inst. nu.
5. dictum Pauli in d. l. penultima, non posse
aliquo modo referri ad posthumos nepotes, de
quibus hic, sed ad aliquam aliam eiusdem Galli,
de alieno posthumo, sententiam, quandoqui-
dam, ibi agitur de successione legitima, & ab in-
testato, vbi hic docet quatenus posthumus ne-
pos hæres nobis fieri possit, non legitimus, sed
ax testamento, præterea ibi agitur de re contro-
uersa, & in qua extiterunt variæ I. C. opiniones;
inter quas tamen Galli santentia obtinuit, vt di-
cit ibi Paulus, & ideo non potuit intelligere de
formula Galli, quæ ab eo fuit primum inducta,
ita vt non potuerit antea de illa disputari; acce-
dat quod illud, quod dicitur ibi de posthumo,
dicitur da posthumo alieno in genere, & ideo
non debet restringi ad posthumum nepotem,
de quo loquitur Gallus hic. illud etiam obser-
uatione dignum est, quod ibi secundùm lectio-
nem pandectarum Florentinarum, agitur de fra
tris posthumo, qui est extraneus, non alienus in
specie, & idcirco, secundum nostram declaratio-
nem, non potest referri ad hanc formulam Gal-
li, per per quam permisit, vt possent institui alie-
ni posthumi in specie, extranei enim semper in-
stitui potuerũt, secundùm nostras traditiones.
Nam ad hæc omnia facile possumus replicare,
primum quidem non ideo ibi agi de posthumo
alieno, quatenus fieri potest nobis hæres ab in-
testato, quia appellatur legitimus, quaudoquidẽ
348 hæreditas quoque testamento delata lege di-
citur obuenire, l. lege obuenire de verborum
significatione, & ideo, quatenus Paulus dicit
ibi obtinuisse Galli sententiam, vt posset nobis
posthumus alienus fieri hæres legitimus intelli-
gitur, id est, secundum ius ciuile, per interpræ-
tationem legis 12. tabularum, nam ius, quod ex
interpretatione legis 12. tabularum venit, legi-
timum appellatum est, insti. de legitima patron.
tut. vt latè docet Marius Salam. hic nu. 30. cum
seq. quandoquidem etiam ante Gallum poterat
fieri de iure prætorio, & non video, quomodo
verba illa, hęredes fieri, debeant potius referri
349 ad successionem ab intestato, quam ex testa-
mento, posthumus enim alienus, ante Galli pro-
uisionem, si hæres instituebatur, non fiebat hę-
res legitimus, idest de iure ciuili, sed bonorum
possessor duntaxat per bonorum possessionem
secũdũ tabulas, & hoc voluit exprimere ibi I. C.
350 Nec obstat quod dicebatur de disputatione
Iurisconsultorum, primùm, quia non dicit Pau-
lus aliquam pręcessisse disputationem, sed obti-
nuisse Galli sententiam, quod potest etiam veri-
ficari, in formula, quam Gallus induxit, quę ideo
dicitur obtinuisse, quia fuit sine controuersia
recepta, vel possumus admittere Gallum Aqui-
lium, de hac formula, anteaquam reciperetur,
disputasse cum sapientissimis suæ ætatis viris
Balbo Lucilio, Sexto Papirio, Caio Iubentio, &
alijs multis, ita vt tandem formula hæc sua rece-
pta fuerit, cuius finis fuit ostendere legitimos
posse fieri hæredes, absque eo, quod ad Prętores
decurrerent pro bonorum possessione impetran
da, vt dicit idem Salam. hic numero 3. nec di-
cas dictum Pauli intelligendum esse de posthu-
mo alieno in genere, quia, præterquam quòd re-
stringuntur illa verba, quatenus de eo posthumo
351 loquitur, cui prouidit Gallus, verba etiam in
dubio potius intelliguntur in speciè, quàm in
genere l. hoc legatum vbi Bart. ff. de leg. 1. nec
dicas non posse intelligi dictum locum de po-
sthumo alieno in specie, quia fratris posthumus
est extraneus, nam respondeo, communem, &
receptam illius legis lectionem esse, vt incipiat
hæredi posthumo, non autem à fratris posthu-
mo,

mo, itaut, nisi velimus diuinare, contra l. si pu-
352 tator ff. ad l. Aquil. cogimur fateri Paulum ibi meminisse de eodem posthumo, de quo agit Gallus hic. Nec iuuat aduersam expositionem, consideratio Duaren. obseruantis dict. l. penul. desumptam esse ex lib. singulari de iure codicillorum, quam ob causam verisimilius autumat, vt loquatur de successione ab intestato, quàm ex testamento, propterea quòd frequentius, & fortè semper eo tempore codicilli non nisi testamento confirmati fierent.

353 Non obstat nunc contraria, & præsertim primum argumentum, nam quatenus dicebamus in illa maiore, ille posthumus, qui instituitur, ne nascituro rumpat testamentum, necesse est vt sit suus; falsa omnino est, quia etiam posthumus, qui non est suus, sed potest nasci suus, debet de necessitate institui, vel exhæredari, ne agnatione rumpat testamentum, argumento §. posthumorum instit. de exhæredatione liber. iuncto princ. inst. quibus modis testamenta infirmentur, posthumus enim in hac materia di-
354 citur suus vel alienus, vel extraneus, antea quàm nascatur, adhoc vt possit dignosci, an debeamus illum instituere vel exhæredare, qualitas enim adiuncta verbo debet intelligi secundùm tempus verbi l. in delictis §. si extraneus, supra de noxal. l. Titius, infra de milit. testamento. quamobrē sui dicuntur illi, qui non nisi sui nasci possūt, quique in vtero ēt matris iura suitatis nacti sunt, vt considerat hic, & rectè D. Spanocch.

355 Nec obstat 2. quia illa quoque maior, nullus posthumus, qui poterat institui ante Iust. erat alienus; falsa est, primùm quia omnes posthumi extranei, possunt dici alieni, & tamen ante Iust. omnis posthumus extraneus, præter eum, qui erat in vtero eius, quę iure nostro nobis nō poterat esse vxor, institui poterat §. posthumus inst. de legat. & ī iāte tradidimus. Præterea posthumum quoq; alienum in specie, hoc est, pendentem, & incertum, verum est non potuisse simpliciter institui ante Iustin. sed sub conditione, & casu quo nasceretur suus, collata scilicet institutione in tempus habile, poterat institui, vt supra docuimus. Iustinianus enim primus fuit, vt paulo infra videbimus, qui posthumum alienū simpliciter capacem reddidit, correcta incertitudinis regula, vel si qua alia inhabilem eum reddebat.

356 Nec obstat 3. quia eius quoque maior, quæ habet, ille posthumus, qui, quando nascitur, esset in potestate testatoris, & obtineret primum locum, si testator viueret, falsa est; propterea quòd suus posthumus est ille, qui, si nasceretur tempore conditi testamenti, esset in potestate testatoris, & obtineret primum locum, cum spectetur tempus conditi testamenti, vt est communia ferè omnium opinio, cum qua supra, & nos concludebamus, etenim quando posthumus nascitur, definit esse posthumus, vt docuimus supra, & dictus vers. posthumus in §. ita demum, procedit in posthumo, qui consideratur respectu successionis ab intestato, vt demonstrat natura tituli.

357 Quartum autem argumentum est leuissimum, quia illa maior, omnis posthumus non extraneus est suus, est tam falsa, quàm quòd maxime, cum possit esse posthumus pendens, & incertus, qui neque suus, neque extraneus est, sed alienus in specie, qui tam suus, quàm alienus nasci potest, iuxta sępius repetita ī.

358 Nec obstat 5. quia immo dictus §. posthumo. probat efficacissimè communē sententiam, vt probauimus in primo argumento supra. illa .n. verba, hæres testatori futurus non est, non abnegant, vt suus hæres fieri nunquam possit, sed negant de præsenti futurum esse testatori hæredem, si nascatur tempore conditi testamenti, quo tempore pater eum præcedit, alioquin dicta definitio contineret pugnantia, cum simul stare hæc nō possint, vt quis nascatur inter suos, & quandoque non possit suus fieri, sed benè stant simul, vt quis nascatur inter suos, & non sit suus futurus, idest, non habeat immediatam qualitatem futuræ suitatis, quam habet tunc pater illius, filius testatoris.

359 6. Quoque argumentum leue est, quia pariter falsa est illa maior, omnis posthumus, de quo agitur in hoc titulo, est suus, cum tantum sui posthumi de necessitate instituantur, & exhæredentur, secundùm terminos tituli nostri, nam, præterquam quòd in hoc titulo agitur ēt de posthumis non [illegible] in l. Titius §. Lucius, & in l. si ita scriptum §. regula, vt obseruauit etiā Cuiac. falsum est etiam, vt de necessitate scilicet causatiua solummodo, sui instituantur, & exhæredentur, cùm alieni quoque posthumi, quia possūnt nasci sui hæredes, debeant institui, vel exhæredari, ne rumpant testamentum l. posthumorum. ī tit. prox. §. posthumorum, instit. de exhęred liber.

360 Quod attinet autem ad 7. argumentum, admittimus maiorem propositionem, sed quatenus subiungitur illa minor quæ habet, posthumum Galli participare de duabus qualitatibus oppositis, & ideo, vel esse quid tertium, vel denominandum à qualitate sui, quæ in eo est potentior, cùm habeat rationem finis; respondeo

oppoſitas qualitates, de quibus participat hic Aquilianus poſthumus, non eſſe qualitates ſui, & alieni, ſed ſui, & extranei, & ideo ipſe eſt quid medium nempe poſthumus alienus in ſpecie, ſi-
361 ue pendens, qui neque ſuus eſt neq; extraneus. Ad illud autem, quod dicebatur de fine, negamus finem poſthumi nepotis eſſe ſuitatem; cùm equaliter poſſit naſci, vel ſuus, vel extraneus, & ſui natura ad vtrunque pariformiter dirigatur; ſuitas enim eſt finis formulæ Galli, non nepotis poſthumi ab eo conſiderati, nam ipſe reuera induxit, poſſe inſtitui poſthumum alienum in eum caſum, quo ſuus hæres naſceretur, alioquin ſi eius prouiſio ſuum, prout ſuus eſt, reſpexiſſet, nihil omnino noui induxiſſet; cùm poſthumus ſuus ſemper, & omni tempore potuerit inſtitui. Non nego tamen Galli hunc poſthumum fieri ſuum, ſublato de medio eius patre, teſtatoris filio: nullum enim inconueniens eſt, vt alienus poſthumus in ſpecie, ex alieno, ſuus anteaquam naſcatur, patre moriente, efficiatur.

362 Et ab hac opinione non puto aliquo modo recedendum: quamquàm non me latet, quamplurimos vario modo diſtinguendo, ſtatuere, poſthumum nepotem, nec abſolutè ſuum eſſe, nec alienum, ſed medium quoddam, Soc. enim Sen. hic nu. 1. arbitratur poſthumum nepotem in cauſa teſtati alienum eſſe, quia tempore teſtamenti, quod potiſſimum inſpicitur in cauſa teſtati l. ſi alienum §. in extraneis ff. de hæred. inſt. cum pater eum præcedat, ſuus non eſt; in cauſa vero inteſtati, in qua conſideratur habilitas hæredis tẽpore mortis teſtatoris, quia quando naſcitur, nullus eum præcedit in gradu, ſuus poſthumus eſſe dicitur.

363 Soc. autem Iun. hic nu. 20. alio modo diſtinguit dicens, poſthumum nepotem, de quo agimus, ſimpliciter conſideratum, alienum eſſe; ſi vero conſideretur, quatenus de eo diſponitur ſecundùm conſilium, & formulam Galli, ſuum eſſe, cùm inſtituatur in caſu ſuitatis; & parum diſtat ab hac conſideratione, Perotti diſtinctio hic in prœludijs ſentientis Galli poſthumum ſuum eſſe, natiuitatis tempore, alienum autem tempore conditi teſtamenti, ſimilis eſt etiam conſideratio Ioannis Ronch. ad princ. inſt. de bonorum poſſ. num. 37. verſ. at circa, quatenus alienum eſſe dicit tempore, quo fit diſpoſitio, ſuũ autem cum diſpoſitio ipſa effectum ſortitur; & eadem omnino cùm diſtinctione Soc. Iun. ea eſt, quam tradit nouiſſimè lib. 16. ſuarum controuerſiarum iuris c. 41. in
364 fine Dominus Andreas Fachineus, idem prorſus ſentit vir doctiſſimus Anto. Faber lib. 9. coie ctturarum, dum dicit, ſi tanquàm poſthumus cõſideretur poſthumus nepos, alienum eſſe: ſi tanquàm Aquilianus, hoc eſt, qualis in Galli Aquilij formula inſtituitur, haud dubie ſuum, non alienum dicendum eſſe. Bologn. autem alio modo diſtinguit hic ſub numero 10. cum ſequentibus aliquas conſiderans qualitates, quæ Galli poſthumum alienum eſſe demonſtrant aliquas autem, quæ eum ſuum facere videntur
365 & Alex. Galu. hic c. 3. num. 103. verſ. cùm quæritur, nec ſuum eſſe putat, nec alienum; cùm & ſuus, & alienus naſci poſſit, & de futuris con-
366 tingentibus nulla ſit determinata veritas. Cęterũ ego abſolutè adhuc puto Galli poſthumũ alienũ eſſe, quandoquidẽ non quando naſcitur, ſed quando fit teſtamentũ, & in rerũ natura non eſt, ciuilis poſthumus, de quo agimus, conſideratur l. nomen filiarum ff. de verb. ſignificatione §. poſthumo inſt. de legat. intelligendo illum ſecundùm declarationem, quam tradidimus ſupra in prima parte in 6 quæſtione principali. Nec negandum eſt, alienum eſſe poſthumum, quia ſuus, & non ſuus naſci poteſt, quandoquidem ille eſt propriè, & in ſpecie poſthumus alienus, qui dubius eſt, & pendens; etenim alieni nomen abnegat actum ſuitatis nõ potentiam: extranei vero nomen, & actum ſuitatis, & potentiam abnegat, vbi nomen ſui actualem, & neceſſariam ſuitatem includit.

367 Sequitur nunc vt tertium articulum diſcutiamus, per quem reuocatur in dubium conclusio ipſa priore loco ex huiuſmodi tex. elicita, quatenus ſcilicet per illum dubitamus, an Gallus primùm induxerit, vt poſthumus nepos, quem alienum eſſe ſupra ſtatuimus, inſtitui poſſet, vel Iuſt.; Qua in re, breuiter procedendo, prima facie videtur reſpondendum, Iuſt. induxiſſe, vt poſthumus hic alienus iure ciuili cognoſceretur, & vtiliter inſtitui poſſet, non autem Gallus, idque vnica ratione, quę talis eſt.

368 Si Gallus primus induxiſſet, vt alienus poſthumus inſtitui poſſet, ſequeretur vt falſo Iuſt. ſibi aſcriberet, per ſui ipſius conſtitutionem factum eſſe, vt poſthumus alienus iure ciuili eſſet cognitus, vtq; eius inſtitutio, nõ obſtante incertitudine eiuſdẽ poſthumi, valeret. inſt. in princ. de bonorum poſſ. iuncto §. poſthumo in verſ. ſed nec huiuſmodi inſt. de legat. Sed hoc conſequens eſt omnino abſurdum, & non admittendum, preſertim; cùm Iuſt. ſuas vnicuiq; tribuere ſoleat inuentiones, & non ſibi vſurpare. inſt. in princ. de hæredibus inſt.; ergò abſurdũ, & non admittendum eſt etiam antecedens.

369 Qua ratione non obſtante, contrarium probatur

batur in hac lege nostra, quæ quidem, præterquam quòd probat in terminis, potest ita vrgeri: Gallus Aquilius, qui fuit ante Iust. induxit, vt hic aperte dicitur, nepotem posthumum institui posse, sed nepos posthumus, quem ex sententia Galli obtinuit posse institui, sine dubio est posthumus alienus l. penultima infra de legat. 1. & est communis opinio; cùm qua suprà etiam à nobis conclusum est, igitur alienum posthumum institui posse, fuit à Gallo inductum non autem à Iustiniano.

370 Sed, vt in proposita difficultate, quid sentiendum sit aperiamus, breui distinctione contraria conciliabimus; sciendum igitur est, non licuisse olim instituere alienum posthumum, rationibus, de quibus supra, qua ex re contingebat, vt quis testamenti ruptelam vitare non posset, etenim si ego ex filio in potestate, nasciturum nepotem sperabam, hæredem quidem eundem nepotem, quia alienus erat tempore conditi testamenti, instituere non poteram; deinde vero facilè contingebat, vt me viuo filius meus moreretur, & consequenter, vt ex eo conceptus nepos mihi agnasceretur, & cum esset præteritus, post mortem meam, natiuitate rumperet testamentum, qua propter consuluerunt Gallum, qui cautionibus plurimum erat deditus, nunquid aliquo modo posset fieri testamentum, vt non subiceretur huic difficultati, respondit ergo Gallus, posse testatorem cautè in hac parte testari, si nepotem nasciturum ex filio institueret, sub duplici conditione, si filius scilicet viuo auo moreretur, & nepos post mortem aui in decem mensibus, quibus filius moreretur, natus esset; Gallus; ergò non fecit, vt posthumus alienus, vt alienus institui posset, sed ius antiquum interpretando, non autem corrigendo, cautelam excogitauit ad euitandam ruptelam testamenti, per quam incapax institueretur facta collatione institutionis in tẽpus habile vel potius, vt subtilius considerat Anton. Faber, ponderãdo dictionẽ, tunc, quæ temporis extremitatem denotat l. si his legatum §. vlt. ff. de cond. & demonstr. ex ea die, & conditione, qua existente non possit posthumus nepos suus non nasci, ita Faber lib. 9. cõiecturarum cap. 1. vbi 53. suus nasceretur; cauendo igitur ipse limites muneris I. C. non est egressus, & ita intelligitur l. nostra, & conclusio ex ea elicita,

371 Iust. autem, corrigẽdo regulam antiquã legis 12. tabularũ, vel potius alterius iuris, quæ prohibebat huiusmodi posthumos alienos institui posse induxit, tãq̃ legislator, absolutè, & in omni casu posthumũ alienum institui posse, de incapaci, capacem, & habilem illum reddẽdo, vterque ergò, & Gallus, & Iust. induxerunt posthumum alienum institui posse; Gallus, vt Iurisconsultus in vno tantum casu per interpretationem antiqui, iuris cautionem inducendo; Iust. autem, vt legislator, ab antiquo iure recedendo, eum simpliciter, & sine conditione aliqua, & in omni casu institui posse induxerit.

372 Cum igitur Gallus induxerit, ius antiquum interpretando, vt in vnũ casum institui posset posthumus alienus, quarta modo dubitatio est, an ante eundẽ Gallum, eo modo, quo ipse voluit, & cauit, posthumus hic nepos institui potuisset, & in hac quoque difficultate, breuiter procedendo, prima facie videtur respondendũ negatiuè hac potissimum ratione quia.

373 Quod aliquis dicitur induxisse, necesse est, vt anteaquam induceretur, secundùm inductã formam fieri non posset, cum inducere sit de nouo aliquid inuenire, vel statuere l. fin. §. sed cum vtraque de iure Fisci, tradit Petrus Rebuf. allegans hanc legẽ nostram, in inscriptione legis solutum, infra de verb. significatione col. 8. vers. inducere de nouo. Sed Gallus dicitur induxisse, vt posset institui posthumus nepos, vt constat ex princ. legis nostræ, & ex §. quid si is, igitur ante ipsum, nec secundùm ipsius formulam adhuc non inuentam poterat institui. Hinc nullo modo instituebatur, vt concludebamus supra; cùm communi sententia.

Qua tamen ratione minime obstante, contrarium verius esse puto, ductus huiusmodi ratione.

374 Quod potuit per interpretationem antiqui iuris, secundùm regulas iuris communis, per modum cautionis à Gallo Aquilio I. C. induci, potuisset sine dubio a quolibet etiam alio I. C. ante ipsum induci; cùm cuiuscunq; Iurisconsulti munus in interpretando, cauendo, & de iure respondendo versaretur, vt ex M. Tullio in oratione pro Murena, in Topicis, & lib. 3. ad Q. Fratrem Duar. & Cuiac. docent hic, cumq; æqualis esset omnium auctoritas l. 2. §. ex actis vers. his legibus, supra de origine iuris; at Gallus, ius antiquum interpretando, & non recedendo à regulis iuris communis, per modum cautionis induxit, vt posthumus alienus in vnũ casum secundùm formulam suam institui posset, igitur hoc ipsum a quolibet alio I. C. etiam ante ipsum induci potuisset.

375 Nec obstat argumentum ex aduerso allatũ, quia quatenus in eo habetur, quod aliquis dicitur induxisse, necesse est, vt anteaquàm induceretur, secundùm inductam formam fieri non

posset; hæc propositio intelligenda est, vt fieri non posset, quia talis forma non esset excogitata, non quia aliua non potuisset eamdem formulã excogitare, & inducere; etenim ante Gallum generalis prohibitio simpliciter intelligebatur, vt omnino alienus posthumus institui non posset; superuenit deinde Gallus, qui quidem, more suo, secundùm testimonium M. Tullij in oratione pro Aulo Cecina a iutis ciuilis ratione æquitatem non seiungens interpretatus est, dictã generalẽ prohibitio, non haberem locũ vbi quis talem posthumum ita institueret, vt conferret institutionem in tempus habile, ex eo tempore non antea instituendo, vt ex Anton. Fabro supra docebamus, in quo tamen nouum testamentum testator facere non posset, cùm non videretur sibi dicta prohibitio, ad eam iniquitatem trahenda, vt per eam vitari non posset ruptela testamenti, hinc prouidit solummodo in casum, vbi nepos nasceretur post mortem aui, quo tempore testari amplius non posset; secus autem vbi testatore viuo nasceretur, quia tunc, natiuitate posthumi nepotis rupto primo testamento, poterat iterum vtiliter testari, cui deinde casui prouidit primum caput legis Velleiæ, Gallus autem nequaquam, vt sua interpretatione minus detogaret antiquę prohibitioni, quàm fieri posset, & catenus solummodo, quatenus necessaria quędam exigebat æquitas; quam tamen interpretationem potuisset alius quilibet, qui fuisset ita peritus, ac prudens, vt Gallus fuit, eodem modo facere, anteaquam tamen talis interpretatio fieret, quæ possibilis semper fuit, cùm prohibitio simpliciter, & vniuersaliter intelligeretur, nullo modo alienus posthumus institui poterat, & hoc modo in hoc quoque 4. articulo soluuntur contraria, & conciliantur.

376 Sequitur nunc vt 5. articulum aggrediamur, quo dubitamus, an institutio posthumi alieni, secundum formulam Galli esset voluntaria, vel necessaria, quæ dubitatio sumitur ex verbo, posse, quo vtitur in princ. huis tex. nostri l. C. idcirco hac in re ita procedam, vt duas quàm breuissimas faciam inspectiones;

Prima erit an, & quando verbum, potest, necessitatem significet;

Secunda an Galli institutio fuerit necessaria.

Quod attinet ad primum caput, quia hæc difficultas discutitur obiter a Bart. hic in prima oppositione, idcirco conclusiuè procedendo primum referam theoricam glosæ, & Bart. hic nu. 3. & 4. ita igitur distinguunt ipsi. Aut verbum, potest, ponitur negatiuè, & tunc semper significat necessitatem l. nemo potest infra de legatis primo l. non potest infra de furt. gl. est in c. 1. de reg. iur. lib. 6. vbi Ioan. Andreas. Aut ponitur affirmatiuè in legibus, rescriptis, & contractibus, & tunc non denotat necessitatem pręcisam, sed causatiuam l. si mandauero §. fin. supra mandati l. sępe supra de officioso præsid. Aut ponitur affirmatiuè in vltimis voluntatibus, & tunc iterum distinguendum est; aut ponitur principaliter, & dispositiuè, & tunc necessitatem inducit, vt per glo. in d. l. sępe, facit l. pero infra de legat. 2. & l. fideicommissa §. cùm esset, vers. si quis ita de legat. 3. Aut ponitur incidenter, & tunc non inducit necessitatem, quid autem denotet declarat, late distinguendo, Bart. in l. 1. infra tit. prox. num. 1. ad quem locum se refert, & hanc quoque theoricam approbat Bald. hic nu. 6. & Angel. num. 3. & in summa hæc videtur doctrina cõmunis Alciat. tamen reprobat hanc theoricam lib. 3. paradox. c. 4. sentiens verbum, potest, modo significare necessitatem, modo non significare, secundùm subiectam materiam, & idem videtur sentire hic Soc. iun. nu. 28. cum sequentibus. Quæ sane opi-

377 nio tutior est; ego tamen, omissis aliorum traditionibus, probabiliter ita rem hanc definirem; aut verbum, potest, habet negationem, aut non habet, si negationem habet, remouet actum, & potentiam, quia remota potentia, remouetur actus. Si vero ponitur affirmatiuè potentiam quidem significat, non autem actum de necessitate; cùm multa facere possimus, quæ non facimus; & non solum in verbo, potest, sed

378 in omnibus orationibus, siue præceptiuis, siue enunciatiuis semper magis negat negatio, quã affirmet affirmatio, glosa est in l. 3. §. genera infra de acquir. poss. non potest ergò certa, &

379 tuta in hac materia tradi theorica. Crederem ego tamen esse imprimis animaduertendum, an verba essent enunciatiua, & narratiua, vel pręceptiua, si quidẽ sũt narratiua, vel enunciatiua, vario modo accipiuntur, prout expostulat subiecta materia, & mens proferentis, ita vt quando que solummodo remoueat nõ potentiã, sed vel condecentiam, vel commoditatem, vt puta, si quis dicat, negare hoc non possum vel dicat, ob

380 frigus non possum viuere. Si vero sunt verba præceptiua, regula est; vt remoueant omnem potentiam, quam potest remouere præcipiens, & ideo si ius ciuile præcipit, vt pupillus non possit obligari, intelligitur de obligatione ciuili, non de naturali, & hac consideratione possunt solui omnia contraria adducta per Alc. lib. 3. paradox. c. 4. aut enim sunt verba

ba enunciatiua in iuribus incontrarium allegatis,aut,si sunt præceptiua,& non remouent omnem potentiam, hoc fit quia præcipiens illam
381 non poterat remouere; si vero ponitur affirmatiuè, tunc non inducit regulariter, aliquam necessitatem;cum ponat simplicem potentiam, nisi referatur ad aliquod essentiale, vel ad aliquã potentiam naturalem, & necessariam, vt si quis dicat. testamentum potest fieri cùm hæredis institutione, vel ignis potest calefacere; sed tunc necessitas est ex parte rei, iuxta declarationem Petri Rebuf. ad l. impensæ, inprinc. de verb. significatione in fine sui commentarij; potest tamen in vltimis voluntatibus inducere necessitatem, vt si quis dicat hæredi poteris dare centum aureos Seio, argumento d. legis peto, & d. l. fideicommissa in §. cum esset, vers. siquis ita, & in contractibus, rescriptis, & legibus si non obiter, & enunciatiuè, sed dispositiuè fuerit prolatum, potest significare saltem necessitatem causatiuam d. l. sæpe cum sua glosa supra de officio præsid. tradit, et Bart. hic nu. 8.

382 Nunc autem venio ad 2. inspectionem huius quinti articuli, & quæro an institutio posthumi nepotis, secundùm formulam Galli fuerit necessaria. Sed anteaquam condescendam
383 ad disputationem ipsam, præscire oportet triplex reperiri necessarium; absolutum scilicet, quod nostrates necessitatem præcisam appellãt, & necessarium secundùm quid, quod nostrates causatiuam appellant necessitatem, vt hic per DD. omnes, aut necessarium ad bene esse, quod est idem, quod vtile seu commodum apud nos primi necessarij exemplum est, necessarium esse Deũ esse Secundi, necessariũ esse commedere vt viuamus, Tertij, necessarium est æquum habere, vt Romam proficiscamur; quatenus ergo dubitamus, nunquid institutio ex consilio Galli sit necessaria, procedit dubitatio secundùm terminos necessitatis causatiuæ, & secundum quid; sensus est nunquid adhibenda sit necessario, ne posthumi nepotis natiuitate rumpatur testamentum, ita vt solemne, & cautum reddat testamentum, ne cùm effectu, si talis nepos suus nascatur, testamentum ipsum infirmetur.

In hac igitur difficultate duæ, & contrariæ sunt doctorum opiniones. Prima est, quæ negat Aquilianam hanc institutionem necessariã esse, & hanc opinionem, licet non ita declaret, videtur tenere Ias. hic num. 15. Quicquid sit pro hac opinione primum ad mentem eiusdem Ias. ita possumus argumentari.

384 Qui non induxit, vt agnatione sui posthumi præteriti testamentum rumperetur, nullam talis posthumi instituendi necessitatem potuit inducere, sed Gallus non induxit, vt natiuitate sui posthumi testamentum rumperetur; cùm hoc iam pridem ante eum fuisset inductum, igitur Gallus nullam posthumi alieni instituendi necessitatem induxit.

385 2. Pro hac eadem sententia ita possumus argumentari, quod in legibus disponitur, & inducitur per verbum, potest, affirmatiuè prolatũ, nullam habet necessitatem l. sæpe de officio præsidis, cùm tali modo facta dispositio tribuat potentiam sine necessitate actus, ut supra docebamus, sed posthumi nepotis instituendi facultas inducta est, & concessa per verbum, potest, affirmatiuè prolatum, vt probatur in hac lege nostra, quatenus in ea dicitur, Gallus Aquilius sic posse institui posthumos nepotes induxit, igitur talis Aquiliana institut, nullã includit necessitatẽ

386 3. Pro hac eadem sententiam ita, & vrgentius possumus argumentari; tunc demũ fuisset necessaria Aquiliana posthumi nepotis institutio, ne testamentum eius præteritione rumperetur, si ante Gallum præterito nepotis infirmasset testamentum; sed ante Gallum numquàm valuit nepotis præteritio infirmare testamentum, igitur necessaria non fuit Aquiliana hæc nepotis institutio; probatur minor, quia, si præteritio nepotis de iure antiquo infirmasset testamentum, aut infirmasset illud præteritio nepotis ex filia, aut ex filio in potestate, sed neutrius præterito olim infirmabat testamentum, igitur numquàm nepotis præteritione testamentum rumpebatur, de nepote ex filia probatur in terminis per tex. in §. fin. inst. de exhæredatione liber, quem adducit etiam Bart. hic in penultima oppositione sub nu. 10. neque enim matri filium, filiamuè, inquit tex. neque auo materno nepotem, neptemuè ex filia, si eum, eamue hæredem non instituat, exhæredare necesse est, siuè de iure ciuili quæramus, siue de edicto prætoris, quo prætor præteritis contra tabulas bonorum possessionem promittit. De nepote autẽ ex filio probat tex. in princ. inst. eodem tit. vbi docet Iust. iure antiquo nõ fuisse necessarium instituere, uel exhæredare filias fœminas, & nepotes, vel ulterioris gradus liberos, licet haberent iura suitatis, & ideo præteriti non infirmabant testamentum, sed admittebantur, per quandam portionem ad ius accrescendi, hoc est, ut declarat ibi Theophylus, cùm extraneis hæredibus ad dimidiam, cùm suis ad virilem portionem, ita vt si quis antiquitus, præterito nepote ex filio mortuo, duos extraneos instituisset hæredes, talis præteritio non

infirmasset

infirmasset testamentum, sed per ius accrescendi nepos consequutus fuisset dimidiam hæreditatis, altero semisse ad scriptos hęredes extraneos pertinente; quod si quis, prętermisso nepote ex filio mortuo, & sic suo, duos filios in potestate scripsisset hæredes, eodem modo testamentum non infirmabatur, sed per ius accrescendi præteritus nepos tertiam partem, & sic virilem
387 consequebatur. Hoc autem ius partis ausferendæ, vt appellat Theophylus, dicebatur ius accrescendi, non per relationem ad res, sed ad personas hæredum, quibus alter accrescebat hæres, quasi vel in parte virili, scriptus esset, vel in semisse, iuxta ea, quæ supra tradita sunt.
388 4. Et vltimo, ad mentem Bald hic sub nu. 7. in 3. oppositione, ita possumus ratiocinari, tunc demum necessaria fuisset Aquilianæ nepotis institutio, ne eius natiuitate rumperetur testamentum, vbi in casu huiusmodi institutionis, ante posthumi nepotis instituti natiuitatem, non esset ruptum testamentum, & in causam caduci deuolutum, at mortuo filio testatoris hærede instituto, eodem testatore viuente, institutio in causam caduci vertebatur antiquo iure, ita vt hæreditas ad fiscum non ad nepotem deuolueretur, l. item veniunt § cùm antequàm supra de petitione hęredit. l. vnica § & cùm triplici, & §. pro secundo C. de cadu. toll. igitur consilium Galli, & consequenter Aquiliana institutio necessaria nō est, sed omnino elusoria, cùm perperam prouideat ne rumpatur testamentū iam ruptum, & in causam caduci deuolutum.
His tamen argumentis non obstantibus, in contrariam opinionem iuerunt vno ore omnes DD. hic, post gl. in verbo, posse, & post Bart. in prima oppositione sub nu. 3. & hanc testatur, post alios, communem esse, Ioan. Bolog. hic nu. 103. firmans, & ipse, Gallum induxisse talem substitutionem, vt esset necessaria necessitate causatiua, ne sz. testamentum rumperetur; potest autem hęc communis, & verissima sententia vno vel altero argumento facile comprobari.
389 Primùm autem hac ratione, illud dicitur esse necessarium necessitate causatiua, quod vtcunq; possit non fieri, si tamen non fit, aliud sequitur de necessitate, sed si posthumi nepotes, non instituantur, secundùm consilium Galli Aquili, sequitur de necessitate, vt testamentum rumpatur, casu quo dictus nepos suus nascatur, tex. est planissimus in §. idem credendum, & in §. nunc de l. velleia infra hac eadem l. nostra igitur Aquiliana hæc institutio necessaria est necessitate causatiua, vt appellant, ne quandoq; testamentum rumpatur.
390 2. Et vltimo si Aquiliana hæc institutio nō fuisset necessaria, vel saltem vtilis, frustra, & perperam fuisset ciuili corpori inserta nostra hęc lex in qua tāto apparatu interpretatur Scęuola, huius institutionis formulam, sed hoc nō est aliquo modo admittendum; cùm profiteatur Iust. nihil perperam scriptum in corpore iuris reperiri l. 2. C. de veteri iure enuclean.: §. cūq; hoc in, in prohemio inst. & sententia Galli commendatur in iure, & dicitur obtinuisse l. penult. ff de legat. 1. igitur nec illud vnde hoc sequitur est admittendum, vt Galli sz. consilium, non modo necessarium non fuerit, sed inane, & sine effectu.
391 Non obstant nunc contraria, & pręsertim primum argumentum, quia vt cunque Gallus Aquilius non fecerit, vt posthumi nepotes, si sui nascerentur rumperent testamentum, tamen quia ita cautum erat alijs iuribus, ne sequeretur talis ruptela, & sic ex causa necessaria necessitate causatiua, induxit hunc modum instituendi tales nepotes posthumos, & hoc voluerunt dicere glossa, & DD. necessarium scilicet esse, tales posthumos nepotes, secundùm Galli consilium instituere, ne si nascerentur sui testamentum rumperent; fateor tamen necessitatem esse ex parte rei, non ex parte personæ, iuxta tradita per Petrum Rebuf. ad l. impensæ §. vtiles, in fine, infra de verborum significatione.
392 Nec obstat secundùm, quia licet verbum, potest, affirmatiuè positum, non inducat necessitatem præcisam, cùm potentiam tribuat, non actum ponat de necessitate, in legibus tamen, rescriptis, & contractibus dispositiuè positum, necessitatem saltē causatiuam, de qua loquimur, inducit l. sępe vbi glossa communiter approbata, supra de officio præsidis l. si mandauero §. fin. supra mandati, tradit Bart. hic in prima oppositione, quem sequuntur DD. communiter, ita ut potius dictum argumentum in contrarium reflectatur.
393 Nec obstat tertiū, quia falsa est illius minor, quæ habet ante Gallum, nepotem pręteritum, siue natum, siue nasciturum, agnatione non rūpere testamentū, vt patet ex varijs locis legis nostræ, & ex §. posthumorū inst. de exheredatiōe liber. nec nō ex l. posthumorū infra tit. prox. Nec obstat §. fin. inst. de exhæredatione liber. quia, vt respondet, & rectè etiam Bart. loquitur de nepote ex filia, qui nunquam potest agnasci, seu nasci cùm qualitate suitatis, cuius virtute rumpat testamentum, prouisio autem Galli procedit in nepote ex filio masculo, & in potestate, vt constat

vt constat ex formula, eo casu sz. vbi suus post
394 mortem aui nascatur. Nec facit negotium principium eiusdem tit. in quo est maior difficultas, cùm ibi expressè habeatur, nepotes, vel vlterioris gradus liberos, etiam si sint sui auo, præteritos tamen non rumpere testamentum, sed admitti per ius accrescendi: propterea quòd procedit in nepotibus, & alijs liberis, qui obtinent in patria potestate, primum locum, sublatis personis medijs, & [illegible] in nepotibus, qui sui sunt tempore conditi testamenti, quique hæredes institui tunc possunt, siue nati sint, siue nascituri, quia sz. alieni non sint, eo enim casu, vbi poterant à parentibus institui, vel exhæredari, si prætereba[n]tur, non infirmabant testamentum, sed admittebantur per ius accrescendi, & ita loquitur ille tex. Secus autem est in nepotibus vel deinceps natis vel nascituris, quos pater vel auus præcedit tempore conditi testamenti, qui nec strictè, nec largè, sui sed alieni possunt posthumi tantummodo appellari, quique ratione incertitudinis, nec hæredes institui possunt, nec exhæredari, vt supra latè docuimus, per tex. in §. posthumus inst. de legat.; huiusmodi enim posthumi alieni, siue nepotes, siue vlterioris gradus, ad quos reuera (quicquid dixerint aliqui) pertinet Galli formula, non præteritione, sed successione siue agnatione, medijs personis sublatis, quæ eos in gradu præcedebant, rumpunt testamentum, vt dicitur expressè in d. §. idem credendum, & in alijs supra allegatis, dixi cognatione, vel successione huiusmodi posthumos rumpere testamentum, non autem præ-
395 teritione, quia reuera, non nisi minus propriè potest ad alienos posthumos præteritio referri: quomodo enim dici potest præteritus ille, qui nec potuisset à testatore volente institui vel ex-
396 hæredari? præteritio enim est eorum, quorum nominatio, & exhæredatio, vel institutio in testamento est iure debita, vel saltem possibilis; queadmodum igitur, si quis post conditum testamentum filium arroget, non dicitur rumpi testamentum præteritione filij, sed agnatione sui hæredis inst. in princ. quibus mod. testamenta infirm. cùm non possit dici præteritus ille, qui ex debito non erat instituendus tempore conditi testamenti, ita quoque in proposito, si non sit scriptus hæres posthumus alienus, cùm non potuerit, non ideò dici potest præteritus, hinc iura passim dicunt, talium posthumorum agnatione rumpi testamentum, non autem præteritione, d. princ. Instit. quib. mo. testamenta infirm. §. posthumorum inst. de exhæred. liber. d. l. posthumorum infra tit. prox. §. idem credendum infra hac eadem l. nostra cum similibus. Qua in re decipitur (nisi fallor ego) eruditus alioqui Anton. Faber lib. 9. coniectur. iuris ciuil. c. 1. dū putat, posthumi Aquiliani præteritione, antea-
397 quàm nascatur, rumpi testamentū. Responsio ergo est, vt nepotes, & vlteriores, qui poterant tempore conditi testamenti institui, si erāt præteriti, non rumpebant testamentum, sed admittebantur per ius accrescendi, & ita procedit tex. in d. prin. inst. de exhæredatione liber. Nepotes autem & deinceps, qui non poterāt institui, neque exhæredari, quia aliquis eos præcedebat, agnatione rumperent testamentum, & in his procedit vniuersa hæc lex nostra, vt sentit
398 [redacted] hic in præludijs, licet diuersitatis rationem non reddat, quæ tamen facile reddi potest; suus enim, quia poterat à testatore, debebat institui, quando non erat institutus censebatur tacitè exhæredatus, & licet tacita exhæredatio, eo iure, non sufficeret in filio, qui debebat nominatim institui, vel exhæredari, alioqui testamentum non valebat, tolerabatur tamen in filia, & in nepotibus, vel liberis vlterioris gradus, cùm ea tamen moderatione, vt per ius accrescendi ad dimidiam partem, vel ad virilem, cùm scriptis hæredibus admitteretur; secus autem in nepotibus non suis, quia, cùm non possent, nec à volente quidem institui, vel exhæredari, nec poterant propriè dici præteriti, & consequenter, nec expressè, nec tacitè erant exhæredati, vel exclusi, & ideo rationi consentaneum erat; vt, quando agnascerentur, rumperent testamentū, in quo verisimiliter nō ideo scripti hæredes non erant, quia testator voluerit illos exhæredare, sed quia institui ab eo non po-
399 tuerunt. Cùm igitur à lege essent in eo grauati alieni, vt non possent institui, rationi satis consentaneum videbatur, eosdem in hoc releuari, vt, si sui fierent, natiuitate illud rumperent testamentum, in quo institui non potuerunt, & certè hæc declaratio obscuræ antiquitatis adnotatione digna est, confert enim ad multorum iurium intelligentiam.
400 Nec facit negotium, quartum, & vltimum argumentum ad mentem Bald. quia, omissis alijs pluribus solutionibus antiquorum, relatis hic per Alc. nu. 25. cum seq. responderi potest ad mentem eiusdem Alciati num. 27. cum seq. negando minorem propositionem, falsum est enim in casu Galli, moriente filio hærede instituto, viuo testatore, testamentum deuolui in causā caduci, & hæreditatē ad fiscum pertinere, quandoquidē lex papia, quæ ad causam caduci redigebat testamentū, vbi viuo testatore hæres scriptus

ſcriptus mortuus fuiſſet, non habebat locum in liberis inſtitutis vſque ad tertium gradum d. l. vnica §. & cum lex C. de caduc. toll. cùm ad filij, nepotis vel pronepotis inſtitutionem non extenderetur, non eſt mirum ergo ſi non poterat ſuum effectum operari in formula Galli, quę ſemper ſupponit filium vel nepotem pro patre ſaltem inſtitutum, vt per gloſa hic, & ei tex.
401 in §. in omnibus, infra eadem lege. Vel 2. dici poteſt, & verè cum eodem Alciat. tempore Galli nullam fuiſſe legem Papiam de caducis, cum deinde à Diuo Augusto fuerit lata, vt latè docet Ant. August. in ſuo lib. de legibus cap. de l. Papia Poppeia. Gallus enim floruit ante Augusti tempora, Ciceronis temporibus, cuius fuit amiciſſimus, & collega in pretura. vt ſupra docuimus, & hæc ipſa lex. Papia fuit deinde per Iuſtinianum abolita; vt latè per Ant. August. in dicto loco, nempe per l. vnicam C. de caduc. toll. & huiuſmodi reſponſiones approbant etiã alij recentiores, & preſertim Lel. Tauer. in d. §. in omnibus. & D. Spanocch. hic part. vltima, vbi alias etiam affert ſolutiones, ſed ſupra allegatæ iutiſſimę ſunt.

402 Sed iam veniamus ad 6. articulum, vtrum ſz. per formulam Galli poſſet alienus poſthumus eodem modo exhæredari, quo inſtitui poterat, ne ſi mortuo patre, morient etiam deinde auo agnaſceretur, rumperet teſtamentum, in quaquidem dubitatione, cuius termini ſunt notiſſimi, prima facie videtur reſpondendum negatiuè. per plura, quæ poſſunt afferri.

403 Primum autem quia incluſio vnius eſt excluſio alterius l. cùm. Prętor de iudicijs. ſed Gallus ſua formula incluſit alieni poſthumi inſtitutionem. vt patet in tex. noſtro, ergò eiuſdem alieni poſthumi exhæredationem, quæ inſtitutioni opponitur, excluſit.

404 2. Si admitteremus, vt poſthumus alienus, qui poteſt inſtitui ſecundùm formulam Galli, poſſet etiam exheredari, ſequeretur, vt id, quod Gallus introduxit fauore dicti poſthumi, retorquererur. in odium, & vt odia ampliarentur, non reſtringerentur: ſed hoc conſequens non eſt admittendum, partim quia repugnat l. quod fauore C. de ll. partim quia aduerſatur l. cùm quidam ſupra eod. & c. odia de reg. iur. lib. 6. igitur nec illud, vnde hoc ſequitur.

405 3. Et vltimo comprobatur hæc ſententia hoc argumento. Diſpoſitio legis nouæ, limitans, vel corrigens regulam iuris antiqui, non extenditur ex identitate rationis de caſu ad caſum l. præcipimus. in fine C. de appellat. notant DD. hic per hunc tex. & præſertim Bart. Soc. nu. 3. Sed diſpoſitio legis noſtræ eſt quædam diſpoſitio, aut corrigens, aut limitans antiqui iuris regulam prohibentem ne alienus poſthumus inſtitueretur, & non exprimit niſi caſum inſtitutionis, ergò nec ex identitate rationis ad caſum exhæredationis extendi debet. Corroboratur
406 argumentũ, quia in hac materia inſtitutionis poſthumorum in ſpecie de caſu ad caſum extenſio non admittitur, vt probat tex. in l. commodiſſimè, ſupra eodem.

His tamen, & ſimilibus arg. nou obſtantibus, contrarium concludit hic Cuman. nu. 1. in fin. quē ſequitur Salam: hic nu. 7. alios allegans, & D. Spanocch. part. vlt. n. 22. ita vt hęc ſit communis, & veriſſima opinio, pro qua plura poſſunt adduci.

407 Primùm autem ad mentem eiuſdem Cumani, ita poſſumus argumentari, ſi poſthumus alienus, quemadmodum poteſt inſtitui per formulam Galli, non poſſet etiam exhæredari; ſequeretur, vt melioris conditionis eſſet poſthumus alienus, quàm ſuus, qui ſine dubio poteſt ęqualiter inſtitui, & exhęredari. §. poſthumi. inſtit. de exhæred. liber. ſed hoc non eſt dicẽdum arg. princ. eiuſdem tit. de exhæred. liber. ergò nec illud, vndè hoc ſequitur.

408 2. In ijs, quæ requiruntur alternatiuè, conceſſo vno, de neceſſitate conceditur & aliud arg. l. ſi unus §. ſi ſtipulatus ſim decem, ſupra de pactis l. qui hominem, infra de acceptil. ſed ad hoc vt non rumpatur teſtamentum ſuorum prætertione, requiritur alternatiuè, vt inſtituantur, vel exhæredentur. vt conſtat ex rub. noſtra, ex l inter cætera, infra eod. & ex princ. inſt. de exhæred. liber. & per Galli formulam conceſſum eſt, vt poſthumus alienus poſſit inſtitui. igitur per eandem formulam conceſſum intelligitur, vt poſſit exhæredari, ne ſi ſuus naſcatur, rumpat teſtamentum.

409 3. Vbi eſt eadem ratio, ibi eadem debet fieri Iuris deſpoſitio, l. à Titio. infra de verb. oblig. ſed eadem ratio teſtamenti conſeruandi, ne rũpatur poſthumi agnatione, quæ viget in conceſſione inſtitutionis poſthumi alieni ſecundùm formulam Galli, viget etiam in conceſſione exhęredationis; igitur & exhæredatio ſecundùm eandem formulam intelligitur conceſſa.

410 4. Ita ſe habet lex Velle a ad poſthumos alienos natos, vel naſcituros, viuo auo teſtatore, pro ut ſe habet promiſſio Galli ad naſcituros poſt mortem eiuſdem aui. vt patet in l. noſtra, ſed per prouiſionem legis Velleiæ, non ſolum inſtitui poſſunt dicti poſthumi naſcituri vel nati viuo auo, ſed etiam exhæredari l. 3. §. 1. infra tit. prox. l. poſthu-

l. posthumorum eod. tit. l. 2. §. 1. infra de vulg. pupil. Igitur posthumus quoquè nasciturus post mortem aui, potest per formulam Galli, nedum institui, sed etiam exhęredari.

411 Non obstant nunc contraria, & presertim primum argumentum, quia regula l. cùm prætor; non habet locum, vbi in eo, quod excluderetur vigeret eadem ratio, vt in proposito, iuxtà tradita per Bald. ad l. 1. C. de diuers. rescrip. & presertim quando consistit in fauore testamenti conseruandi. vt tradit in specie Soc. iun. in §. & quid si tantum infra ead. l. nostra nu. 45. Accedat etiam, quòd non procedit quando id, quod includitur est inclusum, gratia exempli, vt institutio in formula Galli, de qua verisimiliter potius mentionem fecit, quàm de exhęredatione, ne parentes ad liberos exhęredandos inuitare videretur.

412 Non obstat secundùm, quia esset alicuius efficacitatis, si Gallus induxisset, posthumos alienos posse institui, eorundem posthumorum fauore, ne scilicet impunè pręteriterentur; sed hoc falsum est, quia cautionem suam, fauore testamenti conseruandi inuenit Gallus, ne posthumi alieni, si sui efficerentur natiuitate testamentum rumperent. vt rectè docet Dominus Spanocch. part. 3. Quapropter in hac materia magis valet conseruandæ voluntatis fauor, quã odium exhæredationis l. si ita facta infra tit. prox. & ideo similem interpretationem fecit etiam Castren. ad l. commodissimè supra eodẽ; & eadem interpretatio admittitur in prouisione legis Velleiæ. d. l. 3. §. 1. infra tit. prox. non odio posthumi, sed fauore testamenti, vt cautè fiat.

413 Non obstat tertium, quia hæc nõ est extensio, sed comprehensio, cùm non modo ex identitate rationis, sed ex natura rei semper contingat, vt concessa institutione intelligatur concessa exhæredatio. per ea, quæ supra tradita sunt.

414 Superest nunc vt ad 7. & vltimum articulũ aggrediamur, quo quærimus, an Galli formula fuerit noui iuris inductiua; sed quia pendet potissimùm hæc disputatio ab ea quæstione, vtrũ haberent I. C. antiqui facultatem legis condendæ; idcirco hoc ipsam in quæstionem primùm vocabo; deinde disputabo etiam in specie, an Galli formula fuerit noui iuris inductiua. Quod

415 attinet ad primam inspectionem, quia termini quęstionis satis noti sunt, solummodo libet adnotare, tres posse I. Consultorum classes considerari. quarum prima fuit ante Cæsares, quo tempore prudentes appellabantur, & iurisperiti non autem Iurisconsulti, vt constat ex l. 2. §. his legibus. supra de orig. iur. vt fuerunt Papirius, & vnus, & alter, Appius Claudius, Sempronius, Scipio Nasica, Q. Mutius, Tiberius Coruncanus, & alij plures vsq; ad ætatem Tiberij. Alia autem Iurisconsultorum Classis fuit post oppressam Remp. è quorum numero fuerunt Cassius, Nerua, Labeo, Pegasus, Proculus, Iauolenus, Celsus, Neratius, Iulianus, & alij complures vsque ad Iustinianum, & cũ Secundæ huius ætatis homines à Cæsaribus, per temporum successiones, respondendi de iure licentiam impetrassent, non prudentes modò, sed Iurisconsulti sunt etiam nuncupati. mox à Iustin. Theophilus, Ioannes Doroteus, Tribonianus, & alij non pauci euecti sunt, quos & prudentes, & antecessores, & I. C. vulgus appellauit, non quidem, quòd mutata fuerit in ipsis licentia Cæsarea, sed quòd ab eis voluit Iustinian. veterũ scripta, & responsa compilari. Deinde sequuti sunt nostrorum temporum I. C. qui minorem videntur habere auctoritatem. vt latè tradit hic D. Spanocch. par. 22. & Mynseng. in d. §. responsa instit. de iur. nat. gen. & ciuili. nostra tamen disputatio potissimùm est de his, qui prima vel secunda Classe concluduntur.

In hac igitur difficultate duę potissimũ faciles obseruãtur & cõtrariæ DD. Senẽtiæ, quarũ altera est, vt I. C. vtriusque Classis, legis cõdẽdæ auctoritatẽ haberent, & hæc est communis, & receptissima, sine controuersia omnium antiquorum opinio, tam hic, quàm alijs pluribus in locis, & presertim in §. responsa prodentum. instit. de iure naturali, gent. & ciu. & pro hac opinione plura possunt adduci.

416 Primùm autem ita licet pro ea argumentari, omnes quicunq; appellantur iuris uel legis conditores, & auctores necesse est, vt potuerint ius, & legem condere: alioqui non esset no-

417 men consequens rei, contra §. est & aliud instit. de donat. at I. C. & prudentes reperiuntur iuris auctores, & cõditores appellati, igitur credendũ est, eos iura condere potuisse, probatur minor, quia Eutropius lib. 8. quem refert Cuiac. hic, Vlpianum iuris conditorem appellat, & Velleius Paterculus, Dominium Scæuolam diuini humanique iuris auctorem celebertimum vocat, & Aggetius de limitibus agrorum, Cassium Longinum vocat iuris auctorem, vt testatur M. Antonius Muretus in rub. sup. de origine iuris; Iustin. quoque in l. 1. C. de communi seru manum. Sextum Cęcilium legum appellat conditorem: Eodem quoq; modo appellat Iulianum in l. 2. C. de vetere iure Enucl.

F iuris

iuris quoque auctores appellantur I C. in l. mora de vsuris in l. nulla C. de procu. & alijs in locis similibus.

418 2. Qui possunt tam ius scriptum, quàm ius non scriptum condere, sine dubio plenissimam habent iuris condendi facultatem. sed I. C. vtrumque ius potuerunt antiquitus cōstituere, igitur plenissimam habuerunt iuris condendi facultatem; Minor quò ad ius scriptum probatur, quia nisi habuissent olim scripti iuris condendi auctoritatem, eorum responsa non fuissent inter iuris scripti partes enumerata, nec legibus æquiparata, plebiscitis, Senatusconsultis, & principum placitis, quæ ab habentibus auctoritatem legis condendæ fluxerunt, at enumerantur inter memoratas iuris ciuilis scripti partes, & illis æquiparantur, vt patet ex §. constat instit. de iur. naturali gent. & ciui. & ex l. ius autem ciuile ff. de iustit. & iur. igitur potuerunt antiqui I. C. scriptum ius ciuile condere. Quo ad ius autem non scriptum, probatur optime in l. 2. in §. exactis vers. his legibus. supra de origine iuris, quatenus eo loci prudentum interpretatio, & disputatio ius ciuile à Pomponio I. C. appellatur, & de ea tanquàm de parte iuris ciuilis, quæ propria appellatione careat sed communi nomine ius ciuile appelletur, agitur. non est ergo dubitandum, quin potuerint I. C. iura condere.

419 3. Ita vitture argumentantur, si I. C. de quibus loquimur, iuris condendi auctoritatem non habuissent, Augustus, qui primus omnium statuit, vt ex ipsius authoritate responderent l. 2. in fin. de orig. iuris, & §. responsa prudentum inst. de iuris naturali gen. & ciuili, nihil eis tribuisset, & frustra ab eo tempore peti hoc pro beneficio cępisset, sed hoc non est aliquo modo admittendum, ergo nec illud vnde hoc sequitur.

420 4. Et vltimo videtur probare ineuitabiliter hæc communis sententia per tex. in §. responsa prudentum inst. de iore naturali gent. & ciuili, responsa prudentum, inquit tex. sunt sententiæ, & opiniones eorum, quibus permissum erat iura condere. Primùm igitur ex his verbis ita licet argumentari, Illi habent auctoritatem iuris condendi, quibus hoc est à Principe permissum: sed prudentibus erat hoc permissum, vt patet in d. tex. igitur talem auctoritatem habebant. deinde in fine, inquit Imperator, quorum omnium sententiæ, & opiniones eam auctoritatem tenebant, vt iudici recedere à responsis eorum non liceret, vt est constitutum.

421 Ex qua parte suboritur hoc argumentum, Illi dicuntur iuris condendi auctoritatem habere, à quorum sententia, & responso, iudici recedere non licet, cùm iudex secundùm iura, & leges debeat iudicare, aut secundùm constitutiones, aut secundùm mores. instit. in princ. de offitio iudic. at à sententijs, & responsis iurisconsultorum, quasi à præscriptis legibus recedere non licebat. d. §. responsa. igitur I. C. legis condendæ habebant auctoritatem.

Non defuerunt tamen quamplurimi probatissimæ doctrinę recentiores, qui in contrariam iuerunt sententiam, opinantes, I. C. nunquàm legis condendæ auctoritatem habuisse, hanc enim opinionem probauit Alc. ad l. primam ff. si certum petatur num. 25. Franciscus Connan. lib. 1. commentariorum iuris ciuilis c. 15. nu. 4. cum seq. Thob. Non. noster ad §. posthumorū inst. de exhæredatione liber. num. 10. secuti sunt etiam Salam. Syluester Aldob. Eguin. Baro, & Mynsing. addictum §. responsa prudentum. institut. de iure naturali gent. & ciuili, & M. Ant. Muretus ad l. 2. in §. his legibus latis supra de origine iuris, & nouissimè Alex. Turamin. lib. 2. de legibus c. 3. n. 49. Hanc eandem opinionem tenuerunt nonnulli etiam hic, & in primis Marius Salam. nu. 18. Hieronymus Torniel. nu. 46. sequuntur Lelius Tanr. Duaren. Cuiac. & alij, & præsertim D. Angel. Spanocch. latissimè disputans part. 22. nu. 11. & pro hac quoq; opinione plura afferuntur. ego tamen eligam potiora.

422 Primùm igitur pro hac opinione adducitur auctoritas Vlpiani in l. iuris gentium §. prætor ait. supra de pact. recensentis edictum de pactis his verbis. prætor ait pacta conuenta, quę neq; dolo malo, neque aduersus leges, plebiscita, Senatus consulta, edicta, decreta principum facta erunt, seruabo. de responsis autem prudentum non meminit, neque aduersus ea factas pactiones non seruaturū se dicit, quod cū ita sit, licet nobis pro hac parte ita argumentari si I. C. habuissent auctoritatem legis cōdendę, ita vt eorum responsa legis uim obtinuissent, prætor q in supra relato edicto enumerauit omnes iuris ciuilis scripti partes, enumerasset etiam responsa prudentum, & se non seruaturum pacta aduersus huiusmodi responsa edixisset, ne deficiens esset enumeratio: at responsa prudentum non enumerauit, nec dixit se non seruaturum pacta aduersus illa, igitur I. C. talia responsa reddentes facultatem iuris condendi, ita vt ipsorū responsa uim legis obtinerent, nō habebāt.

423 2. Pro eadem sententia, ad mentem eiusdē Conn. ita argumentor. si I. C. habuissent iuris condendi auctoritatem, non vno, & eodem tempore

tempore contraria ita sępe respondissent, nec tot opinionum varietates, & dissensiones fuissent inter Proculianos, & Cassianos, a quibus nihil potest habere iudex certi, quod sequatur: nã I. C. reperiuntur varij, & contrarij inter se, & sępe alter alterum reprobat l. labeo ff. de supellectil. legat. l. 1. §. 1. ff. de dolo l. 2. §. fin. de origine iur. igitur I. C. non habebant auctoritatem legis condendæ, ita vt eorum responsa uim legis obtinuissent, alioquin magis consentanea fuissent.

414 3. Idem Conn. ita virtute argumentatur si I. C. legis condendæ facultatem habuissent, nunquàm fuisset contrà eorum responsa iudicatũ, cùm iudex non nisi secundùm leges, constitutiones, & mores iudicare possit, instit. in princ. de officio iud. at reperitur contrà eos iudicatum, ita vt non semper eorum sententiæ fuerint receptæ. igitur I. C. condendæ legis facultatem non habuerunt, probatur minor auctoritate M. T. Ciceronis pro Aulo Cecinna, vbi testatur aliquando contrà Iurisconsultorum responsa esse iudicatum, nec non in oratione pro Murena, vestra, inquit, responsa atq; decreta, & euertuntur sæpe dicendo, & sine defensione oratoris firma esse non possunt; hinc etiam legimus sententiam Galli obtinuisse l. penult. de legat. 1. & in fine huius legis nostrę, Iuliani sententiam receptam esse, quasi quandoque non obtinuerint, & non semper fuerint receptę.

415 4. Pro hac opinione idem Conn. ita argumentatur. si prudentum scripta, & responsa iuris habuissent auctoritatem, non fuisset opus, vt Imperatores constitutionibus suis illa firmarent; at ad hoc vt prò legibus obseruarentur, necessarium fuit, vt constitutionibus Imperatorũ firmarentur. igitur per se iuris auctoritatem nõ habebant, probatur minor ea constitutione, quę in codice Theodosiano inscribitur de responsis prudentum, cuius verba sunt hæc Papiniani, Pauli, Cai, Vlpiani, atque Modestini scripta vniuersa, firmamus, ità vt Caium, atque Paulum, Vlpianum, & cęteros comitetur auctoritas lectionis, quæ ex omni eius corpore recitetur. eorum quoque scientiam, quorum tractatus, atq; sententias, prædicti omnes suis operibus miscuerunt ratam esse cẽsuimus, vt Scęuolę Sabini, Iuliani, atque Marcelli, omniumq; quos illi celebrarunt. tùm etiam in eadẽ constitutione statuitur, vt in diuersis sententijs, reuincat auctorum numerus; siu pares erunt numero, ea sententia potior sit, in qua fuerit Papinianus; notas verò Pauli, & Vlpiani factas in Papinianũ, ibi constituitur nullius esse auctoritatis, & fidei.

416 5. Si I. C. legis condendæ auctoritatem habuissent, quandoque vnusquisque pro sui fida ĉta iura condere potuisset, cum ante Augusti tempora ius respondendi publicè ab Imperatoribus non daretur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus de iure respondebant l. 2. §. & vt obiter suprà de origine iur. sed hoc non est dicendum, cùm maximè absurdum sit, vt cuiuslibet priuati ratio sit iuris

417 effectiua, cumq; principijs politicis repugnet, vt præter Populum, & eos, qui eiusdem auctoritatẽ habent, vt Senatus & Princeps. leges rogent, & ferant, igitur absurdum est etiam illud, vnde hoc sequitur.

418 6. Et vltimo. Quicunque leges tollere non poterant, necesse est, vt nec condere potuerint

419 argumento l. nihil. tam naturale ff. de reg. iur. iuncta l. eius est. eodem tit. Sed I. C. leges tollere non potuerunt, ergo nec condere. Probatur minor quia, si Vlp. potuisset tollere legem, illam, sine dubio, abrogasset, quam dixit, per quàm duram esse, in l. prospexit. supra qui, & à quibus, nec dixisset, sed ita lex scripta est, quasi sensisset necessario nihilominus obseruandã. & Papinianus sine dubio stipulationes S. C. Pagas. quas captiosas iudicauit, substulisset, nec ad illas tollendas auctoritate Iustin. fuisset opus, iuxta tex. in §. sed quia instit. de fideicom. hæredit. & idem Vlpianus in libris Sabinianis sustulisset legem Iuliam Miscellam, cuius obseruationem, quibusdam verbis, effugiebat, si potuisset, nec fuisset opus Iustin. Imperatoris auctoritate ad illam tollendam, prout constat opus fuisse, per tex. in l. fin. C. de indicta uiduit. tollen.

430 Non obstant contraria, & pręsertim primũ argumentum, quia, præterquam quòd honoris gratia reperiuntur I. C. appellati iuris auctores, vel conditores, Sacerdotes, & alijs illustribus appellationibus, ideò etiam ita appellati sunt, quia eorum sententiæ, opiniones, vel interpretationes, aut expresse confirmatæ ab ipsis Imperatoribus, vt in d. constitutione in Codice Theodosiano, de responsis prudentum, transibant in ius scriptum. aut quia receptæ à populo tacito consensu, & obseruatæ, ius non scriptum efficiebant. iuxta dictam l. 2. in §. exactis, vers. his legibus, supra de origine iuris; & ideo I. C. ante Cæsares dicebantur composuisse ius, quod sine scripto venit. vt dicitur in §. hæc dispositio, eiusdẽ l. 2. vbi de hoc iure inquit M. Ant. Muret, non enim scripto valet, neq; habebant prudentes eam auctoritatem, vt leges scriberent. sed cùm eorum interpretatio recepta esset, postcà memoriæ causa literis prodicta est; sensus ergo

eſt, vt I. C. antiqui ideò legum conditores appellarentur, quia iura ipſa interpretando, condebant ius materialiter, & per poſterius, non autem per prius. quandoquidem eorum ſententiæ, & interpretationes, & reſponſa uim legis non habebant, niſi à populo eſſent recepta, vel conſtitutione aliqua firmata.

431 Nec facit negotium 2. quia falſum eſt I. C. potuiſſe per prius facere aliquod ius, ex eorum enim diſputationibus fori, & interpretationibus ius non ſcriptum fiebat, quatenus diuturna obſeruatione tacito conſenſu populi obſeruabantur, ita ut in conſuetudinem tranſirent, iuxta §. ex non ſcripto inſtit. de iure naturali gent. & ciuili, & l. de quibus. ſupra de legibus non enim niſi à populo poteſt ius non ſcriptum induci, Iuris autem ſcripti partes fuerunt reſponſa prudentium, poſtquàm vel aliqua conſtitutione fuerunt firmata, vel a Iuſtin. in corpore iuris inſerta, & ita procedit tex. in d. §. conſtat. Hinc, antequam eſſent inſerta inter partes iuris ciuilis ſcripti non enumerabantur, vt conſtat ex. d. l. iuris gentium in §. ait prętor. ſupra de pactis ſed ſimpliciter ad ius ciuile, quod ex legibus, plebis citis, ſenatus conſultis, decretis principum, auctoritate prudentum veniebat, vt in l. ius autē ciuile. in princ. ff. de Inſt. & iur. Potius ergò huiuſmodi, argumentum in contrarium reflectitur;

432 Nec facit negotium 3. quia dùm dicitur in d. l. 2. §. & vt obiter, Auguſtum primùm omnium ſtatuiſſe, vt ex ipſius auctoritate reſponderent, non ſic accipiendum eſt, quaſi reſponſis eorum parem conſtitutionib. Principum, uim & poteſtatem dederit; ſed quia nemini voluit licere de iure conſulentibus reſpondere, niſi quibus ipſe permiſiſſet, quo factum eſt, vt maior haberetur auctoritas iuris. vt dicit ibi Pomponius, quia de eo non niſi ſelectiſſimi quique, & à Principe probati reſpondebant, vt latè docet Conn. in d. c. 15. eo enim modo maiorem dignitatem res habebat, quàm antea, cùm reſpondebant de iure omnes, qui ſui fiduciam haberent, talis igitur electio Principis, licet aliquā dignitatem, & auctoritatem tribueret reſponſis ſelectorum, non ideò, uim legis tribuebat, ſed erat dicta auctoritas ſimilis illi, quæ, & nobis hodie tribuitur Imperatoris, & Summi Pontifi-
433 cis nomine, cū iuris doctores efficimur, Nec facit negotium d. §. reſponſa prudentum. in quo videtur eſſe fundamentum communis opinionionis, primùm quia tex. Noricus habet, vt ibi teſtantur Egutn. & Myſing. reſponſa prudentū ſunt ſententię, & opiniones eorum, quibus permiſſum erat de iure reſpondere: non autem iura condere, quæ lectio melius quadrat ijs, quæ ſequuntur, dum ſubdit Iuſtin. nam antiquitus conſtitutum erat, vt eſſent, qui iura publicè interpretarentur, quibus à Cęſare ius reſpondendi datum eſt. præterea ſi communem lectionem admittamus, poſſumus reſpondere, permiſſum olim fuiſſe I.C. vniuerſis iura condere, non autem ſingulis, quatenus ſcilicet eorum receptæ opiniones, & ſecundùm quas fuerat ſępe iudicatum, vim iuris habebant, licèt non omnino firmum; reſponſis enim prudentum, vt dicit Conn. in d. c. 15. num. 6. ſimiles fuerunt res iudicatæ, quarum ius fuit quidem aliquod: ſed non omnino certum, & firmum. Hinc M. Tullius vtrunque ſub eod genere poſuit lib. 1. de inuent. dùm dixit, reſpōſa ergò prudentum, quę omnium aſſenſu fuerunt pro certo iure approbata, & religioſi, & approbati nomine continebuntur, & hæc omnia ſub iudicato, tanquàm ſub ſuo genere ſubijciuntur, quòd non certa lege, ſed communi omnium iudicio conſtituta
434 ſunt. Nam iudicatum vocat Cicero, vt docet Conn. quicquid alicuius, vel aliquorum auctoritate facto, & exemplo inductum à populo Ro. receptum eſt, & appobatum: quod idem ipſum ius conſtitutum appellatur, quia non certa lege, non plebiſcito aliquo, vel S.c. vel edicto iuſſum, aut vetitum, ſed vltrò, & magna voluntate ab omnib. receptum, & penè appetitum. & plura alia addit in d. loco Conn. quibus optimè declarat, quid eſſent res iudicatæ, & reſponſa prudentum, quod ius conſtituerent, & quà ratione differrent inter ſe, quę omnia non refero, ne ſim longior in ijs recenſendis, quæ facilè poſſunt apud ipſum obſeruari. Sit ergo uis reſponſionis, vt, permiſſum fuiſſe iura condere I.C. intelliga-
435 mus, per poſterius, non autem per prius. Nec obſtat ſecunda ponderatio, quatenus dicitur in d. tex. non licuiſſe iudicibus recedere à ſententijs, & opinionibus Iuriſconſultorum, quia vel hoc debet intelligi, vt procedat, quando tales ſententiæ erant receptæ, & approbatæ, vt ſimiles eſſent rei iudicatæ, & iam ius conſtitutum facerēt. id quod voluit fortè dicere Iuſtin. quando infine addidit illa verba, vt eſt conſtitutum: quaſi ſit ſenſus, non licere iudicibus recedere à ſententijs I. C. prout faciunt ius conſtitutum, poſt ſequutam ſcilicet receptionem, vel approbationem, vel poſtquàm ſemel atque iterum ſecundùm illa reſponſa fuerat iudicatum, vel ſecundùm Salam, quando erant communes omnium I. C. opiniones. vt videtur colligi ex modo loquendi Imperatoris, ſententiæ, & opiniones

eum

eam auctoritatem tenebant, vt iudici recedere
à responso eorum non liceret, nec forte omni-
436 no absurdum esset dicere, cum D. Spanocch.
hic part. 22. nu. 34. hoc quod dicitur, non li-
cuisse iudicibus recedere à responsis I.C. proce-
cedere in responsis, quę ad particulares iudicum
interrogationes ex litigantium voluntate pro-
ferebantur. iuxta l. 3. §. 1. de minoribus & l.
titius de actio. empti. vnde plerunq; signata
responsa prætoribus ipsis scribebant I. C. quæ
litigatores ipsi ad eos deferebant l. 2. §. fin. de
orig. iur. docet Alc. omnino videndus ad l. 1.
ff. si certum pet. in verbo celsus ait nu. 25. quod
etiam hodie frequenter fit à minoribus iudici-
bus, qui se referunt ad consilium sapientis, vt
appellant, quo casu, nec hodie licet recedere
iudici à sapientis consilio, & responso. argu-
mento eorum, quæ notantur in tit. C. de rela-
tio. Quę responsio eo magis fit verisimilis, quia
constat in d. l. 2. fuisse à iudicibus consultos pru-
dentes ipsos, cum dicat Pomponius, sed plerunq;
ipsi iudicibus scribebant, aut testabantur, qui il-
437 los consulebant. Accedat quòd vera, ni fallor,
responsio est, vt d. §. responsa. se referat ad scri-
pta, & responsa eorum I. C. qui ea constitutio-
ne de responsis prudentum in Codice Theodo-
siano firmata fuerant. vt Duar. hic & in d. §. re-
sponsa Eguin. Mysing. & eruditiores intelligũt.
id quod fit manifestum ex eo quia se refert ad
tempus antiquum, & ad constitutionem, quate-
nus inquit, nam antiquitus constitutum erat, vt
essent, qui iura publicè interpretarentur. & in
fine dicit, vt est constitutum. & per hæc puto
omnino satisfactum etiam vltimo vrgentiori
argumento.

438 Si tamen quis vellet fędere distinctionis cõ-
trarias conciliara opiniones, posset ita distingue-
re. Aut loquimur de I. C. primæ classis ante Cę-
sares, quo tempore secundùm studiorum suo-
rum fiduciam respondebant de iure, & certè
huius ordinis I. C. nullam per se habebant legis
condendæ facultatem. & ita procedant poste-
rioris sententiæ argumenta. Aut loquimur de
I. C. secundi ordinis, quibus à Cæsare ius re-
spondendi datum est, vt dicitur in dicto §. re-
sponsa. & in dicto §. fin. l. 2. de origine iuris, &
huius secundi ordinis I. C. iuris condendi au-
ctoritatem habebant, cùm essent principis in-
strumenta, & eiusdem Principis auctoritate re-
sponderent. Id tamen non ita accipi debet, vt
vnicuiq; licuerit de iure pro arbitrio respondere
in ea re, quæ iam communi aliorum placito de-
creta esset. vt rectè ait Ant. Faber lib. 9. con-
iectur. iur. ciuil. cap. 8. sed in eis duntaxat, quę
nullo certo iure stabilita, aut interpretatione,
aut noua cautione agere viderentur. & in his
terminis potest locum habere communis anti-
quorum opinio, per dictum §. responsa. & per
dictam l. ius autem ciuile.

439 Nunc autem, veniendo ad principalem du-
bitationem, qua quæritur, an Galli prouisio
fuerit noui iuris inductiua, cuius termini sunt
notissimi, duæ sunt pugnantes DD. sententiæ.
Prima est existimantium, Galli prouisionem, &
formulam fuisse noui iuris inductiuam contra
legis duodecim tabularum, vel mediæ iuris pru-
dentiæ dispositionem. & hanc opinionem vi-
detur tenere in primis Accursius in §. posthu-
morum. instit. de exhæredatione liberorum,
quem sequutus est ibi Viglius nu. 3. sequuntur
etiam doctores communiter hic, & presertim
Angel. nu. 4. Barth. Soc. nu. 2. Ias. nu. 11. & Lan
cel. Galiaula nu. 28. & hanc communem esse te-
statur Thobias Non. ad d §. posthumorum nu.
10. & Alexan. Galuanus hic in verbo induxit.
nu. 1. probant autem communem hanc senten-
tiam pluribus argumentis.

440 Primùm autẽ ita argumentãtur Omne id,
quod quis dicitur induxisse noui iuris effectiuũ
esse dicitur Instit. in princ. & in §. cęterum de
legit. agnato. successio. iuncta l. fin. §. cùm vtra-
que infra de iure fisci, faciunt notata per Bart. in
l. si is, qui pro emptore de vsucap. vbi loquitur
de fictione inductiua, nec non tradita per Pe-
trum Rebuf. in inscriptione l. solitum. infra de
verbor. significatione col. 8. sed Gallus Aqui-
lius dicitur induxisse, sic posse institui posthu-
mos nepotes, idest per formulam suam, de qua
in tex. nostro. igitur talis Galli prouisio, & for-
mula à Gallo inducta, noui iuris fuit effectiua.

2. Pro hac sententia adducitur tex. in §. si
eius. infra hac eadem l. nostra, vbi ius Gal-
li, habito respectu ad legem velleiam,
ius antiquum nuncupatur, quatenus inquit Scę-
uola, vtrum hic casus ad legem velleiam respi-
ciat, an ad ius antiquum aptandus sit, id est
ad formulam, & prouisionem Galli; licet
ergo per hunc tex. nobis ita argumẽtari; si proui
sio Galli non fuisset noui iuris inductiua, eius-
dem formula, respectu legis velleiæ, iuris anti-
qui appellationem non reciperet, sed ius anti-
quum nuncupatur, vt patet in dicto tex. igitur
prouisio Galli nouum ius induxit respectu legis
12. tabularum scilicet vel mediæ iuris pruden-
tiæ, licet possit appellari ius antiquum respectu
legis velleiæ, quæ fuit recentior.

441 3. Pro hac eadem sententia, ad mentem
Imolę, ita possumus ratiocinari, si Galli prouisio

nouum

nouum ius non induxisset, non potuisset contra legis prohibitionem, ne posthumi alieni instituerentur, obtinere, quandoquidem vbi lex resistit actui ab initio, nec purè, nec sub conditione fieri potest, vt valeat l. si minor supra de seruis exportan. l. non dubium C. de legibus, at prouisio, & sententia Galli obtinuit, vt patet hic, & in l. penultima infra de legatis 1. igitur talis prouisio, legem antiquam correxit, & nouam induxit. Corroboratur argumentum ad mentē Viglij, quia si id per interpretationē potuisset fieri, non fuisset opus in casibus similibus l. velleia, sed cuiuslibet interpretatio satisfuisset.

442 4. Et vltimo, omissis alijs adductis hic per Ioannem Bolog. nu. 90. quæ potius pertinent ad legem Velleiam, quàm ad prouisionem Galli, ita, ad mentem Viglij in d. §. posthumorum argumentor, si Galli prouisio fuisset simplex interpretatio, non autem nouæ legis, rogatio, certè non fuisset aliorum Iurisconsultorum, & præsertim Scębidij Scęuolæ commentarijs illustrata, cum in veterum I. C. interpretationes mos fuerit, vt ab alijs I. C. recentioribus notæ scriberentur, non autem Commentaria, at Galli consilium, & formula fuit Scæuolæ, & aliorū I. C. interpretatione illustrata, vt patet ex lege nostra, igitur fuit nouæ legis rogatio publicam iuris auctoritatem habens, non autem simplex interpretatio. nec dicas Gallum Aquilium, tan-

443 quàm Iurisconsultum non potuisse legem condere, vt probabamus in præcedendi inspectione, quia, præterquam quòd, incontrarium est communis opinio, quam veram esse supponere debemus in hac disputatione, Gallus Aquilius, licet nunquàm fuerit consul, quia, vt testatur M. Tullius ad Atticum lib. 1. epist. 1. contentus regno illo suo iudiciali, prætoriam, tribunitiamq; dignitatem tantum gessit, &, cùm esset tribunus plebiscitum illud factum fuit, quod lex Aquilia appellatur, vt DD. omnes ad Rub. instit. & ff. ad

444 l. Aquil. admittunt, etenim, & plebiscitum legis appellationem recipit, vt est auctor Gellius lib. 10. noctium atticarum c. 20. potuit tunc nouam hanc legem, plebem interrogando, inducere iuxta §. constat in verbo, plebiscitum inst. de iur. naturali gent. & ciuili.

Horum tamen argumentorum ratione minime habita, non defuerunt multi, qui in contrariam iuerunt sententiam, opinantes Galli consilium, non esse noui iuris effectiuum, sed fluere ex mente legis 12. tabul. per quandam æquam interpretationem; hanc autem opinionem tenuit Fortun. Garzias hic nu. 25. Marius Salamonius nu. 28. Hier. Torniel. num 44. Soc. iun. nu. 12. Ioannes Bolog. num. 91. Alex. Galu. in verbo induxit nu. 6. & D. Spanocch. hic part. 2 2. nu. 25. sequuntur etiam Lelius Taur. Duar. & Cuiac. in eandem quoque sententiam iuit Fran. Con. lib. 10. comment. iur. ciu. c. 4. nu. 1. Ioan. Ronch. in princ. instit. de bonorum poss. nu. 41. & Thobias Nonius, in §. posthumorum instit. de exhæredat. lib. nu. 10. nec non Alex. Turam. lib. 2. de legibus c. 3. nu. 67. & Ant. Faber lib. 9. coniectur. iur. ciu. cap. 1. & hæc posterior sententia, quam veriorem esse arbitror, pluribus comprobari potest.

445 Primùm autem pro hac sentia, ad mentem interpretum, paucis plura perstringendo, ita possumus arg. quod inducitur contra generalem aliquam regulam antiqui Iuris, in casu particulari, verisimili antiquæ legis mente, & æquitate ita suadente, secundùm aliquam particularem iuris communis regulam, per formam aliquam, in qua cesset antiquæ regulę prohibentis ratio, non dicitur fieri per nouæ legis rogationem, sed per antiqui iuris, & regulæ interpretationem, & declarationem, l. scire etiam oportet §. aliud etiam, vers. sed & si maximè ff. de excusationibus tut. facit tex. in l. cū auus ff. de condit. & demonstr. sed Gallus contra generalem iuris antiqui regulam prohibentem, ne posthumi alieni instituerentur, induxit, vt possent institui in casu particulari, vbi sz. post mortem aui sui nascerentur, idque suadente æquitate, ne scilicet rumperetur ineuitabiliter testamentum, & ex verisimili legis 12. tabularum mente, admittentis suos posthumos, qui præteriti natiuitate rumperent testamentum, institui posse, idque iuris communis regulæ accomodauit, admittenti, vt institutio hæredis facta tempore inhabili, valeat, si conferatur in tempus habile l. in tempus vbi notat Bald. infra de hæredibus instit. & secundùm formulam quandam, in qua cessant rationes antiquæ prohibitionis, cum per duplicem conditionem positam in formula Galli posthumus alienus, etincertus ex alieno fiat suus & certus, cum instituatur duntaxat in casu in quo cùm certa suitatis qualitate nascatur, igitur talis prouisio Galli nouam legem non tulit, sed interpretata est ex æquitate regulam prohibentem, ne posthumi alieni instituantur, habere locum, vbi simpliciter essent instituti, secus autem si sub conditione vel ex conditione, si sui post mortem aui nascerentur.

446 2. Non potest noui iuris alicuius inuentum dici inductiuum, in quo auctoris sententia obtinuisse dicatur, cum opiniones, & sententiæ referantur potius ad antiqui iuris interpretationes, &

nes, & declarationes, de quibus in iure controuersum fuerit disputatum, quàm ad nouæ legis editionem; sed in eo, quod Gallus, induxit, vt posthumi scilicet nepotes possent institui, Galli sententia obtinuisse dicitur l. penultima infra de legat. 1. igitur tale Galli inuentum non fuit noui iuris effectiuum.

447 3. Si Galli prouisio fuisset noui iuris inductiua sine dubio reperiretur alicubi lex appellata, vt lex Velleia, vt lex Aquilia, sed nullibi reperitur appellata lex, sed semper vel consilium, vel prouisio, vel cautio, vel formula, vel sententia, vt in d. l. penultima, igitur non fuit noui iuris inductiua.

448 4. Vbi aliquid ab aliquo inducitur, de quo non sit expressè cautum in l. 12. tabularum, si appellationē legitimi recipiat, necesse est vt veniat saltem per interpretationem eiusdem legis 12. tabul. non autem per noui iuris introductionem eam corrigentis, vt est tex. in tit. instit. de legit. patron. tut. in l. 3. supra de legitim. tut. facit lex sed cum patrono §. 1. iuncta glossa in verbo ius legitimum infra de bonorum poss. sed hic posthumus alienus, vbi fit hæres per Galli prouisionem, legitimi hæredis recipit appellationem d. l. penultima infra de legat. 1. igitur talis prouisio, vt possit institui hæres posthumus nepos fluxit ex mente legis 12. tabul. per interpretationem, non autem per nouæ legis rogationem.

449 5. Quod quis inducendo fieri posse dicit, necesse est, vt fluat ex interpretatione iuris, cùm ea duntaxat posse dicamur, quod iure permittente possumus l. nepos proculo infra de verborum significatione l. filius de cond. instit. Can. faciat homo 22. quæstione 2. at Gallus formulam suam inducendo, sic posthumos nepotes institui posse affirmat, quasi sentiat fieri id posse, l. 12. tabul. non refragante, sed annuente, igitur eiusdem Galli formula fuit per interpretationem ex mente legis 12. tabul. inducta, non autem est noui iuris inductiua.

450 6. Loco ad mentem Thobiæ Nonij in d. §. posthumorum inst. de exhæredatione liberorū num. 10. ita confirmatur hæc sententia, ita se habet formula stipulationis Aquilianæ ad prohibitionem antiquam, ne per acceptilationem soluatur alia obligatio, quā quæ verbis contrahitur, de qua in §. 1. in fine inst. quibus modis tollitur obligatio, & in l. Aquiliana ff. de transact.; pro ut se habet Aquiliana posthumi nepotis institutio, ad antiquam prohibitionem, ne posthumi alieni instituerentur, quandoquidem quemadmodum per dictam stipulationem inducit, vt tunc demum aliæ, alio modo, quàm verbis contractæ obligationes per acceptilationem tollantur, si prius fuerint in stipulationem deductæ, & verbis recontractæ, ita quoquè in proposito inducit, vt tunc instituantur hæredes posthumi alieni, quando efficiātur sui. At Galli Aquilij stipulationis Aquilianæ formula non fuit noui iuris inductiua, cùm antiquum ius non correxerit, sed cauendo declarauerit, igitur hæc quoque formula, per quam induxit, vt posthumus nepos institui posset, non fuit ab eo facta, vt nouum ius constitueretur, sed vt antiquum interpretaretur; formula enim, quemadmodum etiam regula, nouum non facit ius, sed ex iure fit l. 1. infra de reg. iur.

451 7. Et vltimo, tenendo opinionem contrà communem in præcedenti art. quam verissimam esse arbitramur, licet etiam ita argumentari, non potest esse noui iuris Inductiuū, quod factum est ab eo, qui non habet legis condendæ auctoritatem, argumento l. nemo plus iuris de regul. iur. sed Gallus I. C. non habebat legis condendæ auctoritatem præsertim cùm fuerit I. C. primi ordinis ante Cæsares, quo tempore non tribuebatur à Principe auctoritas respondendi de iure, sed quisque secundùm studiorum suorum fiduciam consulentibus respondebat l. 2. §. & vt obiter suprà de origine iuris igitur Galli formula nō potuit esse noui iuris inductiua. Nec dicas cùm Viglio fuisse plebiscitum, quia, præterquamquòd est responsio diuinatiua contrà l. si putator ad l. Aquiliam, cum non semper Gallus fuerit Tribunus, nec cautiones, vt Tribunus faceret, sed vt I. C. cuius munus in cauendo, interpretando, & de iure respondendo versatur, vt supra dicebamus, si hoc esset appellaretur, vel Plebiscitum, vel lex, non autē simpliciter sententia Galli, vt in dicta l. penultima.

452 Non obstant nunc contraria, & præsertim primùm argumentum, quia falsa est minor proposito, non enim omne, quod quis dicitur induxisse, licet posset legem condere, vim noui iuris habet, cum verbum, inducere, sit multiplex, vt tradit latè Petrus Rebuf. in inscriptione dictæ legis solutum infra de verborum significatione colum. 8. & latissimè Alex. Galu. hic in verbo, induxit, nu. 1. cum sequ. quinimo minus refertur, ad l. quàm ad aliud, si Con. credimus affirmanti lib. 10. commentariorū iur. ciu. c. 4. nu. 1. latinè non dici inducere legem, nisi velimus significare idem, quod tollere, seu ab rogare legem, iuxtà tradita per Rebuf. in præallegato loco, quamquàm arbitror ego nihil prohibere, vt sen-

vt ſentiunt nouiſſimi lib. 2. de legibus c. 5. num. 68. verbum hoc ad id. referri , quod in legem tranſeat, vt in princ. & in §. cęterum de legitima agnatorum ſucceſſione, vbi præfatam differentiam inducebant , quæ differentia inducta lex erat, quicquid ſit inducere non refertur neceſſario ad legem, ſed ad vnumquodq; quod de nouo fiat, qua propter, cum Gallus fuerit, qui primus excogitauit hanc formulam, per quam, non obſtante prohibitione antiquæ regulæ, ex mente, legis æquitate ſuadente, fecit vt in vnũ caſum poſſet poſthumus alienus inſtitui, induxiſſe dicitur, ſed per interpretationem, quandoquidẽ Gallus q nunquàm à iuris ciuilis ratione æquitatem ſeparauit, vt teſtatur. M. Tullius in oratione pro Aulo Cecinna, æquum iudicauit interpretari, vt dicta regula prohibitiua non haberet locum , vbi quis talem poſthumum ita inſtitueret , vt conferret inſtitutionem in tempus habile, in quo tamen nouum condere teſtamẽtum auus non poſſet, cum non videretur ſibi dicta prohibitio ad eam iniquitatem trahendã, vt per eam ineuitabilis eſſet ruptela teſtamenti.

453 Hinc prouidit ſolùm in caſum vbi naſceretur poſt mortem aui , quo tempore teſtari amplius non poſſet; ſecus autem vbi teſtatore viuo naſceretur, quia tùnc natiuitate poſthumi nepotis, rupto primo teſtamento, poterat iterum vtiliter teſtari, cui deinde caſui prouidit primũ caput legis Velleiæ: Gallus autem nequaquàm, vt ſua interpretatione minus antiquæ prohibitioni derogaret, quàm fieri poſſet, & eatenus ſolummodo, quatenus neceſſaria quædam exigebat æquitas; & eandem interpretationem potuiſſet alius I. C, quilibet, qui fuiſſet ita peritus ac prudens, & formulis deditus, vt Gallus facere. Anteaquàm temen ab eo fieret, quia ſimpliciter prohibitio, ne poſthumus alienus inſtitueretur, intelligebatur, nullo modo inſtitui poſſe cenſebatur.

454 Nec obſtat 2. argumentum. quia per ius antiquum non intelligitur in d §. ſi eius, ius Galli, quod fuiſſet etiam reſpectu legis Velleiæ ſatis nouum; ſed legis 12. tabularum. vel mediæ iuris prudentiæ; quæritur enim an caſus, de quo ibi, debeat referri ad l. Velleiam, an vero debeat ad ius antiquum referri, ex interpretatione Galli, qui poſthumorum alienorum inſtitutionem ad ius antiquum aptauit, vt ſuprà docuimus, oſtendens, in caſu, de quo in ſua formula, generalitatem prohibitionis non obſtare, cùm in caſu, in quo ſuus naſceretur poſt mortem teſtatoris, quando aliud ab eo fieri teſtamentum non poterat, ſecundũ ſuam interpretationem, inſtitueretur.

455 Nec obſtat 3. argumentum, primùm quia procedit, vbi actus fit eo modo, ſecundùm quẽ ei lex reſiſtit, ſed in propoſito lex reſiſtit, vbi poſthumus alienus ſimpliciter, vt alienus inſtituitur, quo modo non eſt, ſecundùm conſilium Galli, inſtitutus, qui eum inſtitui voluit quatenus ſuus poſt mortem aui naſceretur, facta collatione in tempus habile, iuxtà regulam l. in tempus ınfra de hęrd. inſt. Nec dicas cum vtroque Soc. legem. illam Modeſtini, non fuiſſe tẽpore Galli, quia reſpondeo iuris rationem, & regulam, de qua in dicta lege, etiam ante Mo-

456 deſtinum, & Gallum fuiſſe; Præterea propoſitio illa, vbi lex. ab initio actui reſiſtit, nec ſub conditione, per quam conferatur in tempus habile, factus, valere poteſt; vendicat ſibi locum vbi lex ab initio reſiſtit propter defectum cauſę efficientis, vt in dicta l. ſi minor, hinc non valeret teſtamentum à minore factum, in quo aliquem inſtituiſſet, ſi ipſe maior moreretur, vel ſi reſiſteret propter defectum alicuius ex cauſis intrinſecis; tũc enim militaret regula legis, quod ab initio, de regulis iuris, ſecus ſi reſiſtat propter defectum alicuius qualitatis extrinſecę, vt in caſu noſtro.

457 Nec obſtat 4. quia in primis poteſt negari Viglio conſueuiſſe I. C. recentiores, notas duntaxat in veterum I.C. interpretationes ſcribere; contrarium enim videtur probari in l. ſi is, qui pro emptore de vſucap. Præterea hanc formulam interpretatus eſt Serbidius Scęuola hic, non vt ſimplicem ſententiam Galli, ſed vt cautionem receptã à populo poſt longam diſputationem, quaſi ſit ex ſententia legis 12. tabularum.

Explicatis omnibus articulis diſcutiendis occaſione primę concluſionis, quam colligebamus ex tex. noſtro.

Secundo loco colligo. formulam ipſam Galli, quæ his verbis concepta eſt, ſi filius meus viuo me morietur, tunc ſi quis mihi ex eo nepos, ſiuè quæ neptis poſt mortem meam, in decem menſibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nataue erit; hæredes ſunto.

Circa hanc autem Galli formulam, de ſex potiſſimùm contingit dubitari.

Primùm quidem, an per hanc formulam poſthumus nepos intelligatur inſtitutus vel ſubſtitutus.

2. Si per eam fiat nepotis poſthumi ſubſtitutio, an ſit vulgaris.

3. Cur ad inſtitutionem poſthumi nepotis non fuerit ſufficiens vulgaris ſubſtitutionis cõmunis formula.

4. An

4. An fine expressa institutione filij, valeat testamentum conceptum per solam Galli formulam.

5. An hæc ipsa Galli formula eo vitio laboret, vt & superflua sit, & insufficiens.

6. An hodie sit correcta, & sublata per Iust. constitutionem.

488 Redeundo ad primam dubitationem, quæro an Aquilianus posthumus per eiusdem Galli formulă instituatur, vel substituatur; pro cuius

489 quæstionis intelligentia, illud imprimis meminisse oportet, institutionem duobus modis accipi: in genere scilicet, & in specie. Quatenus in genere accipitur comprehendit etiam substitutionem, quæ nihil aliud est quàm secunda institutio, vt per glossa, & DD. infra de vlgari & pupil. & ideò quando dubitamus, an formula Galli cōtineat posthumi nepotis institutionem, vel substitutionem de institutione in genere non dubitamus, quia certi iuris est quamlibet substitutionem in genere institutionem esse. Accipitur etiam institutio in speccie, quatenus primum hæredis gradum constituit, & tunc differt à substitutione, quia institutio est prima pro uisio facta de hærede; substitutio autem, secunda, vel deinceps, cùm sit semper in locum alicuius deficientis hæredis facta subrogatio; & secundùm hanc in specie acceptionem dubitamus, an ex consilio Galli fiat posthumi nepotis institutio. Illud etiam animaduertendum est, in hac disputatione supponendum esse testatoris filium esse expresse institutum, & nepote n ex consilio Galli vocatum.

In hac igitur difficultate, hoc modo intellecta, & declarata, distrahuntur interpretes, de more, in varias sententias. Aliqui enim opinantur, ex consilio Galli posthumum nepotem institui, non autem substitui, ita enim sentit Hieronymus Torniel. hic nu. 30. & Ant. Gouean. tam hic nu. 20. quàm etiam in tit. de vulgari & pupil in princ. & lib. 1. variarum lectionum c 1. sequuntur etiam hic ~~Hotom.~~ & Cuiac. & D. Spanocch. part. 9. nu. 5. accerrimè, indistinctè opinionem hanc defendit, quam tenuit etiam Petrus Greg. Tholosanus in syntagm. Iur. vni. parte 3. lib 42. c. 11. nu. 9. nec non Antonius Faber lib. 10. coniecturarum Iur ciu. c. 1. & pro hac recentiorum opinione plura efferuntur, satis vrgentia argumenta.

490 Primùm autem, ad mentem Torniel. hic. nu. 30. ita possumus argumentari, si institutio posthumi nepotis ex consilio Galli esset substitutio, non autem institutio in primo gradu, non fuisset sufficiens ad conseruandum testamentū, & ad impediendum, ne præteritione huius nepotis testamentum rumperetur, quādoquidem, sui hæredes debēt esse instituti, vel exheredati in primo gradu, alioquin illud nullū reddunt à principio, vbi sunt sui tēpore cōditi testamenti l. 3. §. fin. supra eodem, vel rumpunt si fiunt sui ex post facto l. nam & si sub conditione §. 1. infra tit. prox. sed sufficiens fuit ad conseruandū testamentum, & ad impediendum ne præterili natiuitate rumperetur, hæc posthumi nepotis ex consilio Galli substitutio, igitur fuit vera, & in primo gradu institutio, non autem substitutio. Corroboratur hoc argumentum, quia omnis institutio, quæ fit, vt reddatur solemne testamentum, ne rumpatur, est institutio, non substitutio, quæ non posset solemnitatem testamēti implere §. liberis inst. de pupil.

491 2. Ad, mentem eiusdem Torniel. & Cuiac. ita possumus argumentari, si huius posthumi nepotis ex consilio Galli, institutio non esset institutio in specie, sed substitutio, vtique non semper institutio in iure reperiretur appellata, sed quandoque substitutio, at institutio dicitur passim, tam in l. nostra, quàm in l. si mater §. finali infra de vulgari & pupili, substitutio autem nusquàm, igitur non substitutio, sed institutio est. Corroboratur arg. ex sententia nouissimorum, quia si esset substitutio, Scæuola, qui in hac lege Galli formulam interpretatur, eiusq; vim ostendere nititur, dixisset, ne in ambiguum nos induceret, Gallus Aquilius, sic posse substitui posthumos nepotes, induxit, nec dicas Scæuolam vsurpasse verbum, institui, in generali significatione, secundùm quam refertur etiam ad substitutionem, quia præterquamquòd verba, quæ possunt accipi in genere, & in specie in dubio accipiuntur in specie l. hoc legatū vbi Bart. ff. de legat. 3. non est credendum I. C. voluisse per verba ambigua vim huius formulæ declarare, sed quia illa verba in ea posita, heredes sunto, potuissent referri etiam ad substitutionem, quæ talibus verbis concipi potest l. 1. infra de vulga: & pupil. §. 1. inst. eodem, idcirco, vt excluderet talem interpretationem, docuit hanc formulam Gallum induxisse, vt nepotes posthumi possent institui, non autem substitui.

492 3. Si substitutio vulgaris fuisset sufficiens ad cōseruandū testamentū, superuacua fuisset Galli formula, satisfacere enim potuisset formula cōmunis vulgaris substitutionis, perquam substitutus posthumus nepos non potuisset rumpere testamentum, si suus fuisset natus; sed non est dicendum, fuisse superfluam Galli formulam, ergo nec illud admittendum vnde hoc sequitur,

per Galli scilicet formulam fieri posthumi nepotis simplicem substitutionem vulgarem.

493 4. Dominus Spanocch. si vim eius argumentationis percipio, quod affirmare non audeo, ita obscure loquitur hic part. 9. nu. 8. utitur hac argumentatione. omnis institutio, quæ opponitur exhæredationi est institutio in specie, non autem substitutio, at institutio, secundùm formulam Galli, opponitur exhæredationi, cùm in omnibus casibus ubi potest fieri per formulam Galli posthumi nepotis institutio, possit etiam fieri eiusdem posthumi exheredatio, ut cum Cum. salam. & alijs supra concludebamus, igitur talis institutio propriè, & in specie est institutio, non autem substitutio, quæ simul cum exheredatione stare potest.

494 5. Si in formula Galli substitutio contineretur, ea quidem ad aliquam speciem substitutionis referri posset: at non potest ad aliquam referri, cùm nec forma vulgaris, nec pupillaris, nec alterius in ea exprimatur, igitur in ea nulla continetur substitutio.

495 6. Nulla datur substitutio, quæ non pendeat, vel in suspenso non sit; at institutio, dequa in hac formula, non pendet, cùm conditiones adiectę non suspendant, sed magis præueniant, & præcogitent, quibus quandoque oporteat hæredationem relinquere, igitur talis istitutio non est substitutio.

496 7. Et ultimo Cuiac. ita, virtute, argumentabatur, omnis substitutio est datio hæreditatis alteri prius delatę, alioquin cum institutione confunderetur: at institutio, de qua in formula Galli, non est datio hereditatis alteri prius delatæ, cùm primùm deferatur posthumo nepoti, quandoquidem eius patri, testatoris filio, cùm mortuus fuerit viuente testatore, deferri non potuit; talis igitur institutio nullo modo esse potest substitutio. & in hoc consistit fundamentum huius opinionis, & hac potissimùm ratione mouetur Antonius Goueanus hic, & in tit. de vulg. & pupill. in princ. ubi adducit adprobandam maiorem huius arg. tex. in l. cùm ex filio §. quidam iusta da vulg. & pupill.

Verũ quicquid sit de huiusmodi argumentis, in contrariã sententiã iuerunt omnes alij interpretes uno ore, existimantes ex cõsilio Galli, posthumos nepotes, substitui, non autem instituti, & pro hac quoquè opinione, plura adducuntur.

497 Primùm autem adducitur tex. in l si mater in §. 1. infra de vulg. & pupill. ubi si filius & ex eo nepos posthumus ita hęres instituatur, ut Gallo Aquilio placuit, & nepoti, si is hæres non erit, Titius substituatur, filio hærede existente, Titium omnimodo, id est etiam si nepos natus non fuerit, excludi respondit. Potest autem hic tex. quicquid dicat Dominus Spanoch. hic part. 9. nu. 10. ita pro communi opinione induci. si nepos posthumus institutus secundùm Galli formulam in d. §. 1. esset cohæres patris, & non substitutus, existente hærede patre, & eodem nepote deficiente, substitutus vulgariter ipsi nepoti nascituro non excluderetur, sed admitteretur ad partem eiusdem nepotis, cui fuit substitutus: At excluditur omnino, igitur erat patri substitutus, non autem eiusdem patris cohæres factus, alioquin pater non admitteretur in totum, nec per ius accrescendi, facta eidem nepoti substitutione vulgari, per quam cessat accrescendi ius, & ideo Accursius supponit ibi tres gradus hæredum factos esse, quia scilicet filius testatoris sit institutus & nepos nasciturus ex eo primus substitutus; Titius autem, qui substituitur nepoti secundus substitutus, nihil ergo est cur vereatur Dominus Spanocch. ne per errorem hęc lex prò cõmuni adducatur, cũ optimè eã probet, nec ideo debet dici institutus non substitutus dictus nepos, quia deeo, & eius patre dicat textus, ita hæredes instituantur, quia ibi uerbum, instituantur, usurpatum est in genere, ut possit, referri tam ad patrem, institutũ, quàm ad filium substitutum, ambo enim possunt propriè dici institui, cùm genus prædicetur æquè propriè de omnibus suis speciebus l. si quid earum §. interemptum de legat 3. & in terminis nostris, substitutum propriè esse institutum probat tex. l. mulier §. fin. de cond. instit.

498 2 Adducitur tex. planissimus in l. cùm in testamento in princ. infra de hæred. inst. ubi inquit I. C. cùm in testamento ita scribitur, si filius meus me uiuo morietur, tunc nepos ex eo post mortem meam natus, hæres esto, duo gradus hæredum sunt; nullo enim casu uterque ad hæreditatem admittitur. Quibus ex uerbis pro communi oritur imprimis ineuitabile hoc sine cauillatione, argumentum, quicquid dicant recentiores. ubi plures gradus hæredum dantur, ibi de necessitate datur substitutio, instit. in princ. de uulg. substitutione l. 1. infra de uulg. & pupill. dicta lege mulier §. fin. de cond. institutionum l. 3. §. in eo, supra hoc eodem tit. nostro: at, ubi filius & nepos instituuntur secundùm formulam Galli, plures gradus hæredum fiunt, nempè duo, primus, & secundus, ut dicit expresse d. l. cum in testamento in princ. ergo in formula Galli datur substitutio, quo stante, necesse est, ut uel filius, uel nepos sit substitutus, non filius, ut omnes concedunt, & negare non possunt,

possunt, ergò nepos; nec dicas cum Domino Spanocchio & alijs non esse in conueniens, ut duo etiam heredes principaliter instituti dicantur constituere duos gradus hæredum, primum scilicet, & secundum, quia falsum est, & hoc non probat ipse aliqua vel ratione vel auctoritate; multitudo enim institutorum multiplicat heredes, non hæredum gradus id, quod clarius
499 est quàm vt probari pluribus debeat. Preterea potest etiam 2. loco ita efficacissimè induci, vbi ex institutis nullo casu vterque ad hæreditatem admittitur, sed semper vnus certus alterum excludit, necesse est, vt alter ex illis sit primus institutus, alter secundus, idest substitutus, cùm nunquam hæres coheredem excludat, at, secundùm formulam Galli, filius, & nepos instituti nullo casu vtrique ad hæreditatem admittuntur, vt dicit expresse d. l. cùm in testamento, ergo alter eorum nempe pater est institutus, filius autem substitutus.
500 3. Et vltimo omnis, cuiuscunque institutio, in locum alterius hæredis deficientis est substitutio, vt colligere est ex glossa & DD. communiter ad rub. & l. 1 infrà de vulg. & pupill. sed institutio de nepote posthumo per formulã Galli facta, est in locum filij hæredis deficientis facta institutio, vt constat ex formula Galli hic, igitur est substitutio.
501 Non obstant nunc contraria, & presertim primum atq. quia falsa est eius maior, non enim necesse est, vt suus instituatur, vel exhęredetur in primo gradu, ad hoc vt testamentum substineatur in secundo, à quo per vulgatem substitutionem incipere potest, quandoquidem, si suus sit præteritus in primo gradu perimitur solum modo idem primus gradus, & testamentum ab eo gradu exordium capit, in quo suus hæres, in primo gradu præteritus est institutus, vel ex hæredatus, vt dicitur expresse in d. l. 3. §. fin. suprà eodem, Nec facit negocium d. l. nam & si sub conditione in §. 1. infrà tit. prox. quia ibi corruit vterque gradus, propterea quòd ab vtroq; suus posthumus erat præteritus, nichil ergò prohibent quominus institutio posthumi nepotis, secundùm formulam Galli sufficiat ad conseruandũ testamentũ in 2. gradu, licet fuerit
502 præteritus in primo. Accedat, ꝙ nec in primo gradu potest dici pręteritus, cũ in eo tãq posthumus alienus nõ potuerit institui, nec possit dici præteritus propriè, qui institutus nõ est quia institui non potuit, cùm præteritio eius esse dicatur, cuius institutio non modo est possibilis, sed
503 etiam iure debita. Nec obstat argumenti corroboratio, quia illa propositio, quæ habet institutio, quę solemne reddit testamentum est institutio, non autem substitutio, quæ nullo modo potest reddere solemne testamentum, cùm sine institutione, substitutio ipsa testamenti solemnitatem non impleat § liberis inst. de pupilla. substitutione, uera est de ea institutione, sine qua non iure à principio fieret testamentum; illa enim necesse est ut sit institutio non substitutio; sed institutio, quæ fit ne rumpatur testamentum, quod valeat ab initio, cùm sine ea possit testamentum, nedum à principio valere, sed etiam sortiri effectum, non est necesse, ut sit institutio, sed potest esse substitutio, ut in casu nostro. ubi etiam si non instituatur secundùm formulam Galli posthumus nepos, nihilominus testamentum ualet, & nisi viuo testatore moriatur filius institutus, habet locum, & sortitur effectum suum. Qua ex re facilè colligitur institutionem talis nepotis secundùm formulam Galli, non tribuere aliquam solemnitatem testamento, sed inducere cautelam, vt testamentum, quod nunc ualet semper subsistat,
504 nec dicas immo talis substitutio nepotis est quædam solemnitas & obseruatio testamenti, quia in hoc tit. nostro agatur, non de simplici; institutione vt in tit. de hæredibus instituendis; sed de ea, quæ firmat, & solemne reddit testamentum: nam respondeo, in eo potissimũ consistere differentiam inter hunc titulum, & illum, vt ibi agatur de institutione merè voluntaria, hic autem de necessaria, non præcisè sed causatiuè, vel ad hoc, vt testamentum valeat ab initio, & tunc non potest esse nisi institutio, vel ne rumpatur, quod abinitio valuit, & hoc nihil prohibet, quin fiat per substitutionem, vt
505 in casu nostro. Accedat etiã, ꝙ vulgaris substitutio potest etiam esse solemnitas testamenti, cùm ab ea incipere possit, nec obstat §. liberis, quia procedit in pupillari, quę implere testamenti solemnitatem non potest, cùm ab ea incipere testamentum non possit.
506 Non obstat 2. quia non tenet hæc sequela, Scæuola dicit ex formula Galli nepotem posthumum posse institui, ergo per eiusmodi formulam, non substituitur sed instituitur: propterea, quod etiam substitutus dicitur propriè institutus l. mulier §. vltimo infrà de condi. in stit. Nec dicas verba illa tollere æquiuocationem illorum verborum, hæredes sunto, quæ tam ad institutionem, quàm ad substitutionem possunt referri; quia licet verba illa per se sint dubia, sunt tamen per alia eiusdem formulæ verba vsque adeo clara, & plana reddita, nimirum per conditiones adiectas, quæ non vocãt

nepotem, niſi in defectum filij, vt nullus relictus ſit dubitationi locus, vna.n. pars declarat aliam l. qui filiabus in princ. de leg. 1. l. 1. ff.
507 de reb. dub. Nec Scæuola declarat in princ. legis noſtræ dictam formulam, ſed breui præfatiuncula explicando effectum ipſius, qui eſt, vt poſthumus nepos poſſit inſtitui, ideſt ſubſtitui, eam nobis proponit, & quaſi oculis ſubijcit. Nec facit negotium regula, quæ vult verba in dubio potius in ſpetie, quàm in genere vſurpari; quandoquidem hic non verſamur in dubio, cùm ſubiecta materia cogat nos exponere, inſtitui, ideſt ſubſtitui vnà, cùm gloſſa. & cæteris
508 doctoribus. Præterea regula dictæ legis hoc legatum habet locum in verbis prolatis ab homine, non in prolatis à lege Abb. ad c. Rodulfus extra de reſcrip. legis.n. natura eſt omnia com-
509 prehendere. Accedat etiam, quòd Scæuola propterea dixit, Gallum Aquilium induxiſſe, ſic poſthumum nepotem poſſe inſtitui, vt tam inſtitutionem, quàm ſubſtitutionem comprehenderet; dantur enim caſus, vt videbimus in calce huius diſputationis, in quibus Aquilianus poſthumus non ſubſtituitur ſed inſtituitur. Nec abſolutè concedendum eſt vocationem poſthumi nepotis ex conſilio Galli nunquàm ſubſtitutionis appellationem recipere, quandoquidè ſatis recipit, ſubſtitutionis appellationem in d. l. cùm in teſtamento in princ. quatenus expreſſè ad ſecundum hæredis gradum refertur.
510 Nec obſtat tertiũ quia falſa eſt illius maior non enim ſequitur, ſi formula Galli contineat tantùm poſthumi nepotis vulgarem ſubſtitutionem, vt eadem formula ſuperuacanea fuerit, quaſi potuerit idem ante Gallum fieri per communem formulam vulgaris, nimirum inſtituo hæredem filium, & ſi filius hæres non erit, nepotem naſciturum ex eo, nam per eiuſmodi communem formulam, vt infra latius docebimus, non eſſet collata ſubſtitutio poſthumi nepotis in tempus habile, quandoquidem potuiſſet filius non decedere viuo teſtatore, ſed poſt mortem illius, vel nolle, vel non poſſe adire hæreditatem: quo caſu non benè inſtituebatur poſthumus nepos, cùm non ſuus, ſed alienus naſceretur, & ideo ad hoc, vt talis ſubſtitutio valeret fuit neceſſarium, vt per Galli formulam exprimeretur ſingulariter ille caſus impotentiæ, ſi filius hæres eſſe non poſſet, quia ſcilicet viuo patre teſtatore moreretur; per quam expreſſionem, nepotis ſubſtitutio confertur in caſum, in quo ſuus naſceretur, & ſic in tempus habile, & ex eo tempore inſtituitur, ita, vt non poſſet illius ſubſtitutio ad tempus conditi teſtamenti retrotrahi, vt ℣. dilucidius explicabimus.

511 Non obſtat 4. argumentum, primùm quia in eo D. Spanochius nihil probat, prćterea hæc propoſito: omnis inſtitutio, quæ opponitur exhæredationi eſt inſtitutio in ſpecie, procedit in inſtitutione quæ opponitur exhæredationi, qua quis exhæredatur à primo gradu, ſed inſtitutio, de qua in formula Galli, non opponitur exhæredationi, qua quis exhæredatur à primo, ſed qua exhæredatur à ſecundo gradu; admittimus enim ſecundùm formulam Galli poſſe etiam exhæredari poſthumum nepotem, vt ſupra tradidimus, ſed tunc exhæredaretur à ſecundo gradu, modo exhæredationi à ſecundo gradu opponitur ſecunda inſtitutio, & ſic ſubſtitutio, non autem prima, tantùm ergò abeſt vt urgeat 4. argumentum, ut quinimo poſſit potius in contrarium efficaciſſimè reflecti.
512 5. Quoque argumentum leue eſt, quia falſa eſt illius minor, refertur enim ſubſtitutio, de qua in formula Galli, ad formulam vulgaris ſubſtitutionis, ſingulariter expreſſę in caſu ſcilicet ubi filius primus inſtitutus hæres eſſe nõ poſſit, quia viuo teſtatore moriatur, ut latius docebimus in ſequenti articulo.
513 6. Etiam argumentum eſt leuiſſimum, & pariter ſine aliqua probatione, quemadmodum duo proximè præcedentia, dùm enim in eo dicitur, nulla datur ſubſtitutio, quæ non ſit in ſuſpenſo, hoc admittimus cum omnis ſubſtitutio tutio habeat conditionem, ſed dùm negat inſtitutionem, de qua in formula Galli, pendere ab aliquo futuro euentu, Solis lumen negare uidetur; pendet enim ab euentu, ſi filius teſtatoris eodem teſtatore uiuo moriatur, & ſi nepos, poſt mortem eius naſcatur; eiuſmodi enim conditiones de futuro, in materia contingenti, ſine dubio ſuſpendunt actum, & non præcogitant ſolummodo, ut recentiores opinatur, licet præcogitatio etiam conſiderari poſſit in hac formula Galli, non quatenus ſubſtitutionem continet, ſed quatenus cautionem facit, nec dicas, conditionem de qua in formula non ſuſpendere actum, quia ante illius purificationem non ſit inſtitutus poſthumus nepos, tunc uocatus, cũ uiuo teſtatore pater illius morietur, quia hoc eſt propriũ omnis cõditionis, ut nihil ponat in eſſe l. cedere diem ff. de uerb. ſign. & d. particula tunc non facit diuerſam hac conditionem ab alijs, ſed coarctat diſpoſitionem ad certum tempus, & caſum, & impedit retrotractioně, uerum hæc res ita plana eſt, ut pluribus non ſit opus cum ijs, qui ſenſu communi utuntur.

514 Nec

514 Nec 7. argumentum communem confundit sententiam, quia falsa est illius maior, non enim omnis substitutio est datio hæreditatis alteri prius delatæ, quia in uulgari, per quam succedimus testatori, non ei, cui sumus substituti instit. in princ. de pupill. tradit Bart. ad l. 1. ℥. de uulg. & pup. nu. 38. & sequuntur DD. communiter, satis est, ut sit datio hæreditatis alteri prius destinatæ, quia si dicto instituo hæredem Titium, & si Titius hæres non erit, substituo Gaium, Gaius sine dubio est substitutus uulgariter, & si primus institutus uiuo testatore moriatur, consequitur per uulgarẽ hæreditatem ipsam alteri prius destinatam, non autem delatam, cùm ante mortem testatoris non possit hęreditas deferri, id, quod probat Emil. Perott. hic nu. 5. per tex. in l. non putauit §. à primo gradu, infra de bonorum possess. contra tabulas, probat etiam tex. in l. si pater filium infra de uulga. & pupill. ubi Alex. tradit Bart. ad l. 1. eod. tit. de uulg. & pupil. num 10. quem sequuntur DD. communiter, ita ut minori, huius 7. argumentationis, propositioni, & comunis interpretum sententia, & iura ipsa refragentur;

515 Nec eam probat tex. in d. l. cùm ex filio in §. quidam quatuor infra de uulgari, & pupil. adductus, & ponderatus per Antoniũ Gouean. hic nu. 25. nam eo loci substitutus ei, qui decessit uiuo testatore, per uulgarem succedit, & tanquàm substitutus, & propterea dubitabatur, an cùm hęredibus, deberet admitti per ius accrescendi ad portionem illius, cui nemo fuerat substitutus, & admittitur, non quia ille, in cuius locum uocabatur decessisset uiuò testatore, & consequenter quia illi nunquàm fuisset delata hæreditas; sed quia substitutus uulgariter, cùm succedat immediatè, non ei, cui substituitur, siue delata fuerit illi, siue non hęreditas: sed testatori, dicto princ. inst. de pupil. semper perindè est, quo ad successionem, ac si fuisset in primo gra-
516 du institutus. Siue enim primo hæredi fuerit delata hæreditas, quam non adiuit, siue antequàm ei delata sit, uiuo testatore decedat: semper uerum est dicere, eum hæredem non extitisse, & consequenter purificata est generalis conditio uulgaris substitutionis, quæ fuit introducta, ne testamenta fierent caduca l. unica in princ. C. de caducis tollendis. fiunt autem caduca tam ubi primus hæres non potest adire, quàm etiam ubi non uult.

517 Cęterum animaduertendum, est, quia licet regulariter & secundùm exemplum supra positum, posthumus nepos, secundùm formulam Galli, dicatur substitutus, non autem institutus; possunt tamen dari casus, in quibus institutus dicatur, nam aut testatoris filius, posthumi nepotis pater, est institutus; aut est exhęredatus, uel pręteritus eo casu, quo potest impunè pręteriri, quia scilicet sit apud hostes, iuxtà tex. in §. in omnibus infra hac eadem l. no-
518 stra. Primo casu ubi scilicet est institutus filius, posthumus nepos, cum secundo loco sit institutus, licet in primũ casũ, dicitur substitutus non autem institutus, & in his terminis uendicat sibi locum communis opinio, quam defen-
519 dimus suprà. Secundo autem casu, ubi scilicet filius non esset institutus, sed ex hæredatus, quod fieri posse volunt aliqui, vt videbimus in dicto §. in omnibus, nepos posthumus per formulam Galli sine dubio est institutus, sub conditionibus, de quibus in formula, cùm non sit in locum alicuius instituti uocatus, Idẽ quoq, dicendum esset, quando testatoris filius existens apud hostes fuisset pręteritus, eo enim casu illius institutio non exigitur, ut dicitur expressè. in d. §. in omnibus. Quandoquidem nepos posthumus, sub conditionibus, de quibus in formula, diceretur primò & in specie institutus, non autem substitutus. quia, nec eo casu, in locum alicuius instituti, fuerit subrogatus, ut rectè sentit idem Eml. Perottus hic
520 nu. 6. Alij alio modo distingunt, ut obseruare est hic apud Cuiac. & apud Torniel. nu. 61. Verum, si dictę doctorum distinctiones Paulo diligentis considerentur, non longè absunt à cõmuni sentententia, quia dùm Cuiac. dicit hanc esse substitutionem quo ad verba, institutionẽ quo ad successionem, idem est ac si diceret, substitutionem esse in substantia, & quo ad formam verborum, & conditionis, quę illi dat esse, arg. l. Iulianus §. si quis rem ff. ad exibendum institutionem autem quo ad effectum ex post facto; id quod Bart. quoq; & cęteri doctores comuniter facile admitunt, non, modo in hac Aquiliana, sed in qualibet etiam vulgari substitutione; quatenus volunt testamentum assumere vires à secundo gradu per tex. in l. 3. §. vltimo supra eodem, nec non vt per eam succedatur immediatè testatori, iuxtà dictum princ. insti de pupillari,.

Constat ergò ex his, propterea Aquilianam hanc prouisinem semper institutionem appellari, qnia & institutio & substitutio esse potest, rationi enim consentaneum erat, vt communi nomine, quod ad omnes casus referri poterat, appellaretur; vt considerat etiam optimè Emil. Perot. hic nu. 4.

Constat ergò ex his propterea Aquiliana in

hanc

521 Cùm igitur ex his, quæ hactenus dicta ſunt conſtet inſtitutionem poſthumi nepotis eſſe ſubſtitutionem, vbicunquè filius teſtatoris, pater eiuſdem nepotis ſit inſtitutus, ut ſupponunt gloſſa, & doctores communiter in hoc tex. noſtro. quia non ſatis conſtat inter omnes interpretes ad quam ſubſtitionis ſpeciem debeat referri, ſuccedit nunc ſecunda dubitatio, an ſcilicet ſit vulgaris ſubſtitutio, vel alia ſpecies.

Et hac in difficultate, cuius termini ſunt notiſſimi, contrariæ ſunt doctorum ſententiæ; altera enim eſt Marij Salam. hic in præludijs nu. 39. cum ſeq. exiſtimantis eiuſmodi ſubſtitutionem non eſſe vulgarem, ſed ſingularē quandam ſubſtitutionis ſpeciem, quam ipſe Aquilianam appellat abauctore, pro vt ab eodem auctore ſtipulatio Aquiliana appellata fuit, de qua in l. Aquiliana de tranſact. & in §. 1. in fine inſt. qui. mo. tol litur obligatio, & in hanc eandem ſententiam videtur inclinare Emil. Pe. roti. hic nu. 6 utitur autem Salam. ad probandam hanc ſuam opinionem pluribus arg.

522 Primùm autem ita ratiocinatur: illa diſpoſitio, cui non competit vulgaris ſubſtitutionis definitio, vulgaris ſubſtitutio eſſe non poteſt, cùm nec definitum competat, cui non competit definitio l. 1. §. dolum ff. de dolo, l. fin. iuncta gloſſa infra de verb. ſignificatione cùm cæteris adductis per Everardum in loco à definitione; at inſtitutioni ſecundùm conſilium Galli Aquilij vulgaris ſubſtitutionis definitio

523 non competit, igitur vulgaris ſubſtitutio non eſt probatur minor quia vulgaris ſubſtitutio definitur, vt ſit, quæ à quocunq; de quocunque, inquemcunque caſum concipi poteſt, nihil ſpeciale habens, & ideo vulgaris dicitur, quemad-

524 modum vulgaria vaſa definiuntur à l. C. quæ non ſunt proprio loco attributa l. ſupellectili, de ſupell. legat. ut tradunt Bart. & dd. ad l. 1.

525 infra de vulgari, & pupil. nu. 5. Hęc autem definitio non poteſt accommodari ſubſtitutioni poſthumi nepotis ex conſilio Galli, quæ non niſi ab auo fieri poteſt, & de poſthumis alienis duntaxat, qui ſui fieri poſſunt, & in ſolum caſum ſunatis, & ſub triplici conditione, de qua per Caſtr. & alios hic.

526 2. Pro hac eadem ſententia, ita idē Salam, arg. Quę differunt origine, & correptione, neceſſe eſt, vt differant etiam ſpecie l. ſi mihi eodem tempore deſeruit ruſticorum prædiorum, l. ſi domus tua de ſeruit. vrban. prædiorum,

527 Bal. in l. ex hoc iure ff. de iuſtitia, & iure: at vulgaris ſubſtitutio, & Aquiliana differunt origine, & corruptione, igitur tales ſubſtitutiones differunt ſpecie, & conſequenter, vna non eſt

528 altera; probatur minor, quia vulgaris ſubſtitutio habuit originem a l. 12. tabularum; hæc

529 autem, de qua hic à Gallo Aquilio, Vulgaris corrumpitur per aditionem hereditatis, l. poſt aditam C. de impub. & alijs ſubſtitutionibus;

530 hæc autē ſola ſuperexiſtentia filij, etiam ſi ſe abſtineat, dummodo ſuperuiuat teſtatori, gloſſa eſt ab omnibus recepta in l. ſi mater §. 1. infrà de vulg. & pupill.

531 3. Pro eadem ſententia ita ratiocinatur; illa ſunt diuerſa quorum natura, & ratio eſt diuerſa l. 1. infra tit. prox. ſed huius Aquilianæ ſubſtitutionis, & vulgaris eſt ratio, & natura di-

532 uerſa, cùm ratio vulgaris ſit in teſtatoris voluntate, Aquilianæ in neceſſitate §. quidam recte infra eadem l. igitur vulgaris, & Aquiliana ſunt ſpecies diuerſæ.

533 4. Ita argumentatur ea dicuntur ſpecie differre, quę ſub eodem genere poſita, definitione ſunt diuerſa l. 1. ſupra ſi certum petatur l. 1. §. dolum ſupra de dolo, hinc mutuum, & commodatum differunt ſpecie, quia eodem genere, nempe crediti, continentur l. 2. §. creditum ſupra ſi certum petatur, alia tamen eſt definitio vnius, & alia alterius, & pariter alia eſt definitio doli boni, alia mali; ſic etiam alia equi alia hominis, ſub eodem ge-

534 nere animantium: at vulgaris, & Aquiliana ſubſtitutio referuntur ſine dubio ad idem genus ſubſtitutionis directę, vt patet, & definitione differunt, vt ſupra probauimus, cùm de Aquilianę eſſentia ſit vt fiat ab auo nepoti poſthumo, vbi vulgaris cuilibet, & à quolibet fieri poteſt, ergò Aquiliana, et vulgaris ſubſtitutio ſpecie differunt, & conſequenter vna nō eſt altera.

535 5 Ita videtur argumentari. omnis ſubſtitutio, quæ reſtringitur ad certum genus perſonarum, differt ſpecie à vulgari; hinc quæ ſit pupillis dicitur pupillaris, inſtit. in pric. de pupill. quæ ſit morbo mentis laborantibus dicitur exemplaris §. qua ratione inſt. eodem vbi DD.

536 & vtraque ſpecie differt à vulgari, at ſubſtitutio Aquiliana reſtringitur ad certum genus perſonarum, nempè ad poſthumos nepotes tantùmmodo, igitur differt ſpecie à vulgari, quæ certum perſonarum genus non requirit, & conſequenter appoſitę vel Poſthumia, ad imitationem pupillaris, vel Aquiliana ab auctore poteſt appellari.

537 6. Et vltimo ad hoc probandū adducitur l. ſi mater in §. 1. infra de vulgari, & pupill. vbi tanquàm diuerſa ponuntur ſubſtitutio aquiliana, & vulgaris, quatenus, inquit l. C. ſi filius, & ex

& ex eo nepos posthumus ita hęredes institu-
antur, vt Gallo Aquilio placuit, deinde subdit,
& nepoti, si is hæres non erit Titius substitua-
538 tur, ea enim inter, quæ ponitur particula, &c,
specie sunt diuersa DD. ad rub. de iuris, & fa-
cti ignorantia, at inter Aquilianam, & Vulga-
rem substitutionem in d. §. fin. ponitur parti-
cula, &c, igitur Aquiliana, & Vulgaris specie dif-
ferunt, ita vt vna non sit altera.

Verum argumentis huiusmodi, quanquàm
subtilibus, & ingeniosis, non obstantibus, in con
trariam sententiam iuerunt communiter; vno
ore omnes alij interpretes hic, existimantes ex
consilio Galli fieri substitutionem vulgarem
singulariter, vel in indiuiduo expressam, vt ap-
pellant, ita etiam statuit Bart. in d. l. 1. infra
de Vulg. & Pupill. nu. 10. vbi pariter sequuti
sunt eum interpretes communiter, & pro hac
communi, & recepta DD. opinione vnicam sa-
tis est afferre rationem, quæ talis est.

539 Omnis prouisio de hęrede sub conditione,
si primus hæres institutus, hęres non erit, & ob
singularem aliquem casum impotentiæ in con
ditione expressum, dicitur esse substitutio vul-
garis l. fin. C. de institutionibus, & substit. est
doctrina Bart. in d. l. 1. de Vulga. & pupill. nu.
10. à DD. cõmuniter recepta, at in formula Gal
li fit prouisio de hærede in persona nepotis po-
sthumi, sub conditione, si filius institutus hęres
non erit, ob hunc particularem impotentiæ ca-
sum, quia scilicet filius institutus viuo testatore
moriatur, vt patet ex ipsa formula, igitur talis
prouisio de hærede est vulgaris substitutio.

540 Non obstant nunc contraria, & præsertim
primum argumentum, quia falsa est illius mi-
nor, quandoquidem definitio vulgaris substitu-
tionis in genere, competit prouisioni factę de
hærede in persona posthumi nepotis secundũ
consilium Galli, non enim est vera definitio sub
stitutionis vulgaris ea, quam supra ex Salam.
afferebamus, sed potius quædam declaratio, cur
hæc substitutio dicatur vulgaris, cuius vera de-
finitio, quid rei, vt appellant, essentiam ponens
quidditatem, & naturam illius, est vt sit proui-
sio de secundo hæredis gradu, casu quo insti-
tutus in primo hæres non sit, vt facile colligi-
tur ex princ. instit. de vulg. substitutione, & ex
l. 1. infra de vulg. & pupil. vel est secunda, in
primum gradũ, hęredis institutio, ut nos ex Al-
ciato ad l. 1. de vulg. & pupil. nu. 9. tradidimus,
ad l. 3. C. de impub. & alijs substit. nu. 12. &
probatur optimè in l. iam hoc iure eodem tit.
de vulga. & pupill. vtraque definitio competit
substitutioni Aquilianæ, quæ sine dubio est pro-
uisio de secundo gradu hęredis, ut probatur
expresse in l. cùm in testamento in princ. infrà
de hæredibus instit. & est prouisio de secundo
gradu in primum casum; idest casu quo istitu-
tus in primo gradu, nempè filius, hæres non sit,
quia scilicet viuo testatore moriatur, vt patet
tàm in tex. nostro quàm in d. l. cùm in testa-
mento. Hoc igitur primum argumentum, tan-
tum abest, vt destruat communem sententiam,
vt potius illam confirmet, & probet efficacissi-
mè.

542 Nec facit negotium secundum, quia admit
timus, quæ differunt origine, & corruptione,
differre etiam specie, item concedimus etiam
Aquilianam substitutionem differre origine, &
corruptione à cęteris substitutionibus vulgari-
bus, & consequenter differre spetie, sed inde non
sequitur, vt non sit vulgaris, nam vulgaris sub-
stitutio est quoddam genus subalternum con-
tinens varias substitutionis species, expressas,
nempè, tacitas, & mixtas, & expressas in genere,
in specie, & in indiuiduo, seu singulariter, hæc
ergò substitutio ab alijs particularibus substi-
tutionibus vulgaribus differt specie, non genere,
& ideo ipsa quoquè de genere vulgarium est,
cùm habeat conditionem, si primus hęres, hæ-
res non sit, quæ dat formam vulgari substitu-
tioni, dicto princ. institutionibus de vulg. & l.
543 1. infra eodem. Præterea posset etiam negari
Aquilianam substitutionem differre origine, &
corruptione naturali à vulgari, quandoquidem
talis substitutio, vt vulgaris substitutio, non est
inuenta à Gallo Aquilio, sed vt cautio, ne sequa-
tur ruptela testamenti, & sic habet originem
accidentalem ab eo; est autem cautio non per
conditionem, si filius hæres non existat, sed per
544 alias conditiones. Naturali quoq; corruptione
non differt à vulgari, quia sine dubio spirat per
aditionem hæreditatis filij primi hæredis d. l. si
mater §. 1. ff. de uulga. & pupillari. Quod si
dicas cùm Salam. spirat etiam sine aditione fi-
lij, si idem filius testatori superuiuat; dico hoc
esse per accidens, quia in hac substitutione vul-
gari, ultrà essentialem conditionem, si hęres nõ
sit, est etiam apposita accidentalis conditio, si
moriatur uiuente testatore, quæ conditio com-
petit prouisioni Galli, non prout est substitutio,
545 sed prout est cautio, uel quia liberum est di-
sponenti adiungere suæ dispositioni condi-
tiones plures accidentales, & uoluntarias,
546 hinc si ego uelim ita substituere, nihil pro-
hibet, filius meus hæres esto, & si mater ipsius,
eo uiuente, moriatur, & ipse decedat in pupil-
lari ætate, Titius hęres esto, hęc sine dubio est
pupilla-

pupillaris ſubſtitutio,cùm habeat conditionem quæ dat eſſe pupillari, nempè, ſi filius decedat
547 in pupillari ętate, cuius virtute ſpirat naturaliter adnentu pubertatis; ſed quia adiecta eſt alia conditio, ſi mater viuo pupilo moriatur, ſpirat talis ſubſtitutio, etiam ſuperexiſtente matre, iam filio in pupillari ętate defuncto; hoc tamen eſt per accidens,& virtute conditionis accidentalis;non erit ergò hæc minus pupillaris quam alia.
548 Tertium quoquè argumentum facile ſolui poteſt,quia dùm dicitur in maiore: illa ſunt diuerſa,quorum ratio, & natura eſt diuerſa, admittimus hoc, ſed quando ſubiungitur; ſed Aquiliana ratione, & natura differt à vulgari, negamus hoc verum eſſe abſolutè; ſed ſi intelligatur, ut ratione differat ab alijs vulgaribus, quemadmodum homo non differt abſolutè ab animali, ſed ab alijs animalibus; inde ergò non ſequitur, niſi vt ab alijs vulgaribus differat; quod concedimus, quia differt ab alijs, vel numero, vel ſpecie; non autem genere, qua propter à genere vulgaris ſubſtitutionis non exclu-
549 ditur. Accedat etiam quòd ratio neceſſitatis, quæ conſideratur in Aquiliana, non competit prouiſioni ipſius Galli tanquàm ſubſtitutioni, ſed tanquàm cautioni,quæ vulgarem hanc ſubſtitutionem includit.
550 4. Quoque argumentum ſatis ſolutum eſt ex his, quæ ſupradicta ſunt; falſum eſt enim differre definitione Aquilianam à vulgari,cùm definitio vulgaris ſubſtitutionis in genere competat etiam Aquilianæ. Nec dicas cùm eodem Salam,non ſatis eſſe,ad hoc vt ſubſtitutio Aquiliana poſſit dici vulgaris, vt contineat naturam vulgaris,quatenus ſcilicet includit conditionē, ſi primus hæres inſtitutus hæres non ſit, quandoquidem ad ſui eſſentiam requirit alia, vt ſcilicet fiat ſub conditione, ſi filius teſtatore viuo moriatur, & ſub alia conditione, ſi nepos poſt mortem teſtatoris infra decem menſes naſcatur, ſi enim ſolummodo ex eo quia continet naturam vulgaris poſſet dici vulgaris,licet alias qualitates requirat, homo quoquè,cùm habeat facultatem vegetatiuam, vt plantæ, diceretur eſſe planta, & cū habeat ſenſus, vt bruta, diceretur eſſe brutum; quod abſurdum eſt: nam reſpondeo falſum eſſe ſubſtitutionem contentam in formula Galli,continere in ſe aliquid eſſentiale ultra conditionem vulgaris ſubſtitutionis, quatenus ſcilicet ſubſtitutio eſt: cæteræ enim conditiones ſunt accidentales,& competūt
551 ei,vt cautioni, non vt ſubſtitutioni. Præterea ſi aliquid ingredi deberet definitionem ſubſtitutionis Aquilianæ,quod non ingrederetur definitionem ſubſtitutionis vulgaris in genere, illud eſſet,quia in definitione ſpeciei debet apponi differentia, qua ſpecies abundat a genera, vt dicunt Dialectici,& tradit etiam Ioan. Bologn. ad rub. ſolut. matrim. num. 160. Hinc animal eſt ſubſtantia animata, ſēſitiua: homo autem eſt ſubſtantia animata ſenſitiua rationalis,& nihilominus eſt animal.
552 5. Autem argumentum nullo negotio ſolui poteſt, quia illa propoſitio quæ habet; omnis ſubſtitutio, quæ reſtringitur ad certum genus perſonarum, differt ſpecie vel genere à vulgari, vera eſt, vbi ad tale genus perſonarum reſtringeretur ex ſui natura,& tanquam ſubſtitutio,ſecus autem ſi reſtringatur ex accidenti, vt in Aquiliana, quæ reſtringitur ad poſthumos nepotes, ut inducat cautelam ex conſilio Galli, non ut talem ſubſtitutionem conſtituat, cum talis ſubſtitutio uulgaris ſingulariter expreſſa, ubi non fit pro teſtamenti cautela,cui-
553 libet, & à quolibet fieri poſſit. Præterea ſubſtitutiones, quæ differunt a uulgari,quia reſtringuntur ad certas perſonas fiunt in ſecundum caſum.i. poſtquam inſtitutus hæres extitit, & reſtringuntur ad perſonas certas, quibus tantummodo fiunt dd. ſubſtitutiones ut pupillaris,& exemplaris,non ad certas perſonas ſubſtituendas,ut hæc Aquiliana.
554 6. Autem argumentum de l.ſi mater §.fin. infrà de uulg. & pupil. facile ſoluitur, quia ibi ponuntur, ut diuerſa, Aquiliana, & altera ſubſtitutio uulgaris, uel quia differunt numero, & accidenti,quia altera eſt ſubſtitutio uulgaris ſimplex, uel quia differunt ſpecie; quia ſcilicet Aquiliana ſubſtitutio eſt expreſſa ſingulariter, altera uero ibi poſita, in qua dicitur,ut ſi nepos hæres non erit, Titius ſit hæres, eſt expreſſa in
555 ſpecie, ut patet. Non puto igitur cùm Salam, uiro alioqui docto, & erudito, entia multiplicanda eſſe ſine neceſſitate, & temerè à communi ſententia recedendum.
556 Sequitur nunc tertius articulus,cur ad inſtitutionem poſthumi nepotis non fuerit ſufficiens vulgaris ſubſtitutionis cōmunis formula. Huius autem rei, omiſſis aliorum declarationibus,triplex ratio eſſe potuit.
557 Prima, quia per communem vulgaris ſubſtitutionis formulam ſemper poſthumus alienus fuiſſet ſubſtitutus, nunquam inſtitutus, vbi Galli formula ita concepta eſt, vt per eam poſſit etiā inſtitui; nā ſi quis dicat: filius meus ex hęres eſto, & ſi filius meus viuo me morietur, tunc ſi quis mihi ex eo nepos, ſiue quæ neptis,

poſt

post mortem meam in decem mensibus proxi-
mis,quibus filius meus moreretur,natus natauè
erit,hæredes sunto. posthumus nepos institutus
est, non autem substitutus, cùm non sit in locū
alicuius scripti hæredis defficientis subrogatus.
Valere autem hoc modo cōditum testamentū,
p ę ertim vbi alius hęrēs eod.in gradu sit insti-
tutus,& Emilius Perot.in §.in omnib. ī.eadē l.
nostra nu.4.&8.& Eman.Costa ad §. & quid si
tantū eiusd.legis nu.17.cum seq.& alij alibi tra
diderūt,nunquid autē hoc verū sit,nos alibi exa
minabimus;eodē quoquè modo,(& hoc exēplū
caret omni difficultate) si quis apud hostes filiū
habens, quem præterire testator impunè potest
d.§.in omnibus,& l.penultima infra eodem, eo
pręterito,sub duplici Galli conditione, instituat
posthumum nepotem, iuxtà d. §. in omnibus,
institutio posthumi nepotis,non substitutio fa-
cta intelligetur. hoc autem fieri per cōmunem
vulgaris substitutiones formulam nō potuisset.

559 Secunda autem ratio est,quia,si ita fiat po-
sthumi nepotis substitutio,vt non taxetur, &
coarctetur per dictionem,tunc,&per duplicem
Galli conditionem,ad illud instans, cum mori-
tur filius,& ad illum tantummodo casum,in in-
diuiduo, vbi filius uiuente testatore moriatur,
& nepos post mortem einsdem testatoris nasca-
tur,potest intelligi institutus,vel substitutus po-
sthumus nepos,etiam ante mortem patris, vbi
eiusdem pater testatoris filius, eidem testatori
superuiueret,& hęreditatem repudiaret,quibus
temporibus, & casibus ipse posthumus nepos
est & institutionis, & substitutionis,& cuiusli-
betrelicti,tamquā incerta persona omnino inca
pax, utpotè qui illis temporibus,& casibus alie
nus est, & licet sub generali formula, & condi-
tione vulgaris substitutionis, si hęres non erit,
casus etiam Galli contineatur,in quo potest vti-
liter institui,ratio tamē nō patitur,vt vna, & ea
dem vulgaris substitutio,diuerso iure censeatur
contrà legem eum, qui ædes. ff. de vsucap. ita
vt quibusdam temporibus,& casibus sit vtilis,
quibusdam autem inutilis.

560 Tertia,& vltima ratio esse potest,quā colli-
go ex Antonio Fabro lib. 9. coniecturarum iu-
ris ciu. c. 1. & c. 11. vbi Goueani, & aliorum
rationes reprobat, quia scilicet, quando aliquis
instituitur hæres, &,si ille hæres non sit,substi-
tuitur alter,secundum formulam communem
vulgaris substitutionis, non existente hærede
primo instituto, secundi substitutio retrotrahi-
tur ad tempus conditi testamenti, tanquàm nō
ex conditione; sed sub conditione facta, &
consequenter ad id tempus,quo posthumus ne-
pos alienus fuisset; quàm ob causam ab initio
561 inutilis esset,nec tractu temporis posset recon
ualescere,refragante regula legis,quod ab initio
ff.de reg. iur. secus autem est si ex consilio Gal-
li,secundum illius formulam,instituatur,in qua
dictio, tunc, est impedimento, quo minus fiat
retrotractio, cùm intelligatur posthumi nepo-
tis facta institutio, vel substitutio ex eo tempo-
562 re, quo per mortem patris cępit esse posthu-
mus suus. Articulus enim ille, tunc, temporis
extremitatem denotans l.si his legatū §. vltimo
de condit. & demonstr. excludit omne tempus
anterius, quo institui tanquàm alienus posthu-
mus nepos,de quo agimus,non potuisset,vt re-
ctè declarat Antonius Faber in d. cap. 1. lib. 9.
563 coniecturarum iuris ciuilis. Arbitror tamen
cauendum esse ab eo,dùm vult, ab eadem part.
tunc,excludi etiam tempus posterius,in quo,vt
inquit ipse,non nisi serò,& frustrà institueretur
posthumus, qui iam ante institutionem factus
esset suus, qui que præteritū se reperiret, pro-
564 ptereaquòd,non modò posthumus nepos,qui
uix dici potest præteritus, cùm tempore testa-
menti,nec debuerit,nec potuerit hæres institui,
non potest ob eam causam, quia non fuerit in-
stitutus, vel exheredatus antea quàm nascatur
rumpere testamentum, sed nec posthumi qui-
dem sui, qui debent institui vel exhæredari, ex
eo solo, quòd sint præteriti, reddunt testamen-
tum nullum,valet enim ab initio testamentum,
in quo sunt præteriti, sed postmodum agnatio-
ne, & natiuitate eorum rumpitur §. posthumi
inst. de exhæredatione liberorum,non potest
ergò ex eo rumpi testamentum, quia detur in-
stans, in quo suus posthumus sit præteritus.
565 Hinc si mulier ex qua posthumus, aut po-
sthuma sperabatur,abortum fecerit,nihil impe-
dimento est scriptis hæredibus ad hæreditatem
566 adeundam d. § posthumi. Quinimo du-
bium est, an si illicò quo natus est decesserit,
testamentum rumpat,ex his, quæ tradunt DD.
ad legem quod certatum C. de posthumis hæ-
red. instit. & Doctissimus Dominus Menoch.
de arbitr. iudicum lib. 2. centu. 5.casu 441.
567 Subsequitur modo quartus articulus, an
sine expressa institutione filij,valeat testamen-
tum conceptum per solam formulam Galli.
Verùm quia disputatio hæc difficilis est, &
subtilis,quam aquam tenebrosam in nubibus
aeris apellat Ias. hic sub numero 32. idcircò,
ne ea obruamur, & rerum multitudine ac
varietate confundamur,puto mihi faciendum,
vt constituam in hac materia tres inspectiones.

Prima erit, an tacita institutio sit sufficiens
ad testamentum informandum, ita vt per eam
sustineatur,& valeat.

2. An teſtamentum conditum per ſolam formulam Galli valeat ſine expreſſa filij inſtitutione, quaſi cenſeatur tacitè inſtitutus.

3. Erit diſquiſitio an tale teſtamentum valeat, quaſi cenſeatur filius, non expreſſe inſtitutus, vocatus ſaltem ab inteſtato.

568 Quod attinet ad primam dubitationē, pro terminum intelligentia præſcire oportet, duob. potiſſimum modis aliquid tacitum dici, vno modo quando quid diſertis verbis, & ſpecialibus, non eſt expreſſum; verborum tamen generalitate comprehenditur, & includitur, ita vt ſit tacitum in ſpecie; generaliter autem quoquomodo expreſſum dici poſſit, argumento l. fin. in fine vbi gloſſa C. quod cùm eo, faciunt tradita per Bart. ad l. 1. infra de vulg. & pupill. num. 7. exemplū eſſe poteſt in eo, quod dixit Chriſtus, dicite Diſcipulis, & Petro, nam etiam ſine alia expreſſione includebat tacitè, vt diceretur Petro; voluit tamen illum apertis verbis, & ſpecialibus ſignificare, dùm addidit, & Petro idem dici poteſt de verbis, quibus cōcepta eſt rubrica de ſeruit, & aqua; aqua enim ſub generalitate ſeruitutum, ſine alia expreſſione includebatur.

569 Alio autem modo dicitur quid tacitum, vbi nec verbis ſpecialibus, nec generalibus eſt expreſſum, ſed ea coniectura tantum tacitæ voluntatis, verbis etiam ipſis quandoque reluctantibus, fluit, & ſecundum hunc modum vulgaris expreſſa dicitur tacitam pupillarē continere, iuxtà tradita p Bar. in l. 1. infra de vulg. & pupill. n. 18. Dubitatio ergò noſtra eſt, an tacita inſtitutio, nullo modo verbis expreſſa, ſed ea coniectura mentis duntaxat elicita, valeat, nam, ſi quoquomodo ſaltem generaliter ſit verbis expreſſa, valere teſtamentum cum communi ſententia ſine diſputatione admittimus.

In hac ergo dubitatione ita declarata duę, & oppoſitæ ſunt DD. ſententiæ. Prima eſt, vt eiuſmodi omni reſpectu tacita inſtitutio, & ex coniectura mentis duntaxat elicita, valeat, ita vt teſtamento ſolemnitatem, & formam tribuat. Hanc opinionem tenuerunt Cuman. Imola Iaſ. & alij communiter in l. ſi pater filium infra de vulg. & pupill. ita vt excepto Aret. hic ſub nu. 3. colum. 3. vt teſtatur Marius Salamonius nu. 16. & Forr. Garz. num. 76. alij dd. omnes hic, hanc opinionē; quatenus indiſtinctè dicunt ad teſtamentū infirmandū ſufficere tacitā inſtitutionē; amplectātur, pro qua plura poſſunt afferri.

570 Primum autem adducitur dicta l. ſi pater filium, infra de vulg. & pupill. vbi pater ſcripſit hæredem filium impuberem, & ei ſubſtituit, ſi quis ſibi poſt mortem naſceretur, quo ſtante deciditur in dicta l. vt ſi poſthumus, viuo fratre hęrede inſtituto, naſcatur, teſtamentū rumpatur, ſi verò poſt mortem fratris, viuo patre naſcatur, ipſe ſolus patri ſuo hæres exiſtat. Senſus huius tex. ſecundum intellectum Iacobi, de Arena eſt, vt pater filio impuberi pupillariter ſubſtituerit poſthumum, & licet talis ſubſtitutio pupillaris expirauerit, moriēte impubere in uita teſtatoris l. quod ſi filius, ff. de capt. & poſtliminio reuerſ. ſuccedit tamen ſubſtitutus ea tacita uulgari, nec

571 dicas teſtamentum non poſſe incipere à tacita vulgari, l. apud Iulianū §. idem Iulianus infra ad S. c. Trebel. quia hic eſt ſpeciale propter perſonā ſubſtituti, qui erat filius teſtatoris, poteſt ergò pro hac opinione ita induci, ſi hæredis inſtitutio, per quam teſtamentum ſit ualidū, non poſſet fieri et tacitè, & ſine aliqua uerborū expreſſione, teſtamentum, de quo in d. l. ſi pater filiū, ubi per ſubſtitutionem pupillarem, quæ iam expirauerat, fuit uocatus ſuus poſthumus, non ſuſtineretur, cùm iam extincta pupillari, non poſſit cenſeri uocatus, niſi per tacitam uulgarē, quæ nullo modo exprimitur uerbis pupillaris, cùm potius repugnent; ſed ſecundùm teſtamentum ſuſtinetur, ita ut à ſecundo gradu uires accipiat igitur tacitè fieri poteſt hæredis inſtitutio, ita ut eius uirtute teſtamētum ualeat, & ſuſtineatur.

572 2. Pro eadem ſententia adducitur tex. in l. Titius §. Lucius ſuprà eodem, ubi quidam, cùm haberet neptem ex filia pregnantem, ruri agentem, ſcripſit id quod in utero haberet, ea parte hæredem, ſed ea hora, quà condidit teſtamentū nihil in utero habebat, propteraquòd iam fuerat enixa, quia tamen teſtator hoc ignorabat, ualet inſtitutio perinde ac ſi dictus filius natus, fuiſſet inſtitutus, quod cùm ita ſit, licet nobis per hunc tex. hoc pacto argumētari, inſtitutio eius, qui eſt in utero, non niſi tacita dici poteſt, ſi ad iam natum, qui uerbis non exprimitur, referatur, ſed talis inſtitutio ualet perinde ac ſi dictus iam natus eſſet expreſſus d. §. Lucius, igitur tacita etiā inſtitutio, ex coniectura mentis tantum elicita, teſtamentum informat, & ualet.

573 3. Adducitur l. fin. C. de poſthum. hæred. inſt. ubi teſtator utebatur his uerbis, ſi filius uel filia mea intra decem menſium ſpatium poſt mortem meam editi fuerint, hæredes ſunto, quæritur ſi filius, uel filia ante mortem teſtatoris naſcantur, an quaſi præteriti rumpant teſtamentum, uel cenſeantur inſtituti, & concluditur, non rumpere teſtamentum. Quod cùm ita ſit facilè eſt per hunc quoq; tex. hanc ſententiam ita comprobare, Qui naſcitur ante mortem teſtatoris, non poteſt niſi tacitè eſſe inſtitutus per hæc verba; ſi quis intra decem menſium ſpatium, poſt mortem meam editus

editus sit, hæres esto, cùm non exprimant natum ante mortem, sed potius illi repugnent, sed talis institutio ét relata ad natū ante mortē testatoris valet, igitur valet tacita hæredis institutio.

574 4. Adducitur tex. in l. 3. C. de inofficioso testamento, vbi si mater, quæ instituit duos filios hæredes, tertium susceperit, & cùm potuerit commutare testamentum non fecerit, sed neglexerit: dict. tertius filius quasi præteritus potest agere querela in officiosi testamenti, sed si in puerperio vita decesserit repentini casus iniquitas, inquit tex. per coniecturam pietatis maternæ emendanda est, & ideo ad virilem portionem admittendus, perindè ac si ipse quoquè esset institututus, cùm alijs duobus filijs. Potest ergò ita induci. filius præteritus à matre, quæ cùm in puerperio mortua sit, non potuit eum post ipsius natiuitatem instituere, non potest admitti ad virilem partem ex testamento; nisi quia videatur tacitè institutus, & per talem tacitam institutionem testamentum sustineatur: at admittitur d. l. 3. igitur intelligitur tacitè institutus, ita vt tacita eiusdem institutio informet, & firmet testamentum.

575 5. Adducitur tex. in l. si pater impuberes, & in l. coheredi §. fin. infra de vulgari, & pupill. ita inducendo. si tacita institutio hæredis non valeret; testamentum factum per hæc verba: filios meos impuberes inuicem substituo, cùm in eo nulla sit expressa institutio, non valeret, idem esset etiam, si diceretur, ille filius meus, si intra pubertatis annos decesserit, tunc in locum partemque eius Titius hæres esto, sed vtroque modo scriptum testamentum valet, igitur satis est tacita institutio hæredis, ad hoc, vt testamentum substineatur.

576 6. Et vltimo facit regula taciti, & expressi par est virtus l. cùm quid ff. si certum petatur, sed expressa hæredis institutio valet, & dat esse testamento. igitur, & tacita institutio idem operatur. Corroboratur argumentum, quia mens, & volūtas in vltimis voluntatibus potissimùm obseruatur, ita vt verbis præualeat l. in conditionib. de condit. & demonstrat. §. disponat in auth. de nupt.

His tamen argumentis minimè obstantibus, in contrariam opinionem iuit Aret. hic num. 3. circa finem, qui tenuit ex sola coniectura, per iuris præsumptionem non valere tacitam hæredis institutionem, nisi saltem tacitè colligatur ex verbis generalibus testamenti, & hanc eandē sententiam videtur approbate etiam Salam. hic nu. 16. & n. 38. nec non Emanuel Costa ad §. & quid si tantū ℸ. eadē l. nostra nu. 21. & Duar. & Cuiac. in § in omnibus infra eadem lege, quatenus supponunt debere fieri nominatim hæredis institutionem, & hanc quoq; opinionem pluribus ad mentem Aret. possumus comprobare.

577 Primum autem ita argumentando, forma non præsumitur, nec tacitè potest adhiberi, vt actus valeat l. 1. §. si quis ita. infra de verb. oblig.

578 Alex. in l. fin. C. de hæredibus instituendis, sed institutio hæredis est forma testamēti, vt tradūt DD. communiter post glossa in l. 1. ff. de testamentis, & in princ. inst. eod & nemo negat, igitur hæredis institutio non præsumitur, nec si tacitè adhibeatur testamentum solenne, & validū

579 reddit. Corroboratur argumentum, quia immo olim ante sublatas formulas, nec sufficiebat ex quibuscunq; verbis constare de voluntate testatoris l. quoniā indignum C. de testamentis.

580 2. Adducitur tex. in l. 1. infra si tabulæ testamenti extabūt, hæredi, cuius nomen inconsulto ita deletum sit, (inquit tex.) vt penitus legi non possit, dari bonorum possessio minimè potest, quia ex coniectura, non propriè scriptus videtur; ex cōiectura igitur institutio nō valet d l. 1. sed tacita institutio, de qua loquimur, & institutio ex cōiectura, igitur tacita hæc, inst. nō valet

581 3. Ad mentē Aret. ita arg. eo modo quo valet exhæredatio liberorū valet ēt institutio, cū vtraque sit de forma testamenti, at exheredatio tacita, quæ ex verbis non fluat, non valet, & nō

582 firmat testamentum, ergo nec tacita institutio probatur minor, quia præteritio nihil aliud est, quam tacita exhæredatio §. mater inst. de exhæred. liber. tradunt DD. & præsertim Thob. Non. in princ. inst. eodē, & in rubrica, vbi nos quoq; quandoquè diximus, at præteritio non sufficit

583 ad conseruandū testamentum, vt apud omnes est in confesso. igitur tacita exhæredatio non valet ad firmandum testamentum, nec dicas tacitā exhæredationem non sufficere, quia necesse

584 sit, vt filius expressè excludatur à continuatione dominij rerū paternarū, quod habet in vita patris, iuxta tradita per Bart. ad l. in suis suprà de liber. & posthu. quia illa non est vera ratio, vt latè docet in d. l. in suis nu. 6. Aret. sed ideo tacita exhæredatio non sufficit, quia non satisfacit formę, quę non potest intelligi impleta per coniecturas, ut latè per eundem Aret. ibi.

585 4. Pro hac eadē sententia ita argumentor, q̀ palam fieri debet, ita, vt exaudiatur, uel legatur, & sic sensibus corporeis percipiatur, fieri tacitè non potest, sed hæredis institutio, debet palam fieri, & hæredis nomen, aut ita nuncupari, vt ab omnibus testibus exaudiatur, aut ita scribi a testatore, vt oculis percipiatur l. hæredes palam in

in princ. supra de testamentis l. iubemus C. eodem, ergò hæredis institutio tacitè fieri non
587 potest, nec tollitur vis argumenti, si cùm Soc. Iun. hic nu. 39. dicas hoc esse regulare, vt testator debeat palam nuncupare proprio ore, vel scribere, ad hoc vt certus sit, quem voluerit instituere, sed vbi hæc certitudo aliunde haberi potest, satis esse, quia lex contenta est etiam tacita institutione. Nam hoc negari potest, cùm non probetur per DD. nisi quibusdam iuribus, quibus facile est respondere, quandoquidem, uel nullo modo probant, vel procedunt in casibus specialibus, vt respondendo ad contraria apertè docebimus.

588 Quinto, & vltimo, si tacita institutio esset satis ad testamentum inducendum, vbicunquè aliquis, septem adhibitis testibus, grauaret aliquem, vt suã alteri restitueret hæreditatem, faceret testamentum de iure validum, propterea quòd in necessariam quandam antecedentiam grauans aliquem ad suam hæreditatem restituendam, heredem tacitè instituere videtur, quem.n. non honoramus grauare non possumus, & eatenus debemus onerare, quatenus honoramus §.1. inst. de singul. rebus per fideicom. relict. At ex eo quod quis grauat aliquem ad suam hæreditatem restituendam, non facit testamentũ de iure validum §. in primis inst. de fideicom. hæred. igitur tacita hæredis institutio non est satis ad testamentũ inducendũ.

589 Non obstant nunc contraria, & præsertim primùm argumentum de l. si pater filium infra de vulg. & pupill. quia, præterquam quòd in ea non potest fieri fundamentum, per doctrinã Barr. in l. in ambiguis de rebus dubijs, cõmunis, & verus intellectus illius l. est ille, quem ponit glossa ibi in verbo, fuerit, vt posthumus fuerit vulgariter expressè substitutus casu quo scilicet filius natus, & institutus decessisset impubes viuo testatore, & posthumus, viuo testatore, post mortem ejusdem impuberis nasceretur, & sic casu quo primus hæres, hæres non esset ob illum particularem casum impotentiæ, quia scilicet viuo patre testatore, ante posthumi natiuitatem moreretur, & hunc intellectum commu nem esse testatur Aret. in d. l. si pater filium, quem si admittimus, prout admittere debemus argumentum non obstat, quia testamentum in casu d. l. incipit à vulgari singulariter expressa, non à tacita. Et hunc esse verum intellectũ constat ex eo, quia si esset facta pupillaris substitutio, quæ pendet à primo gradu, in quo posthumus erat præteritus, non valuisset, nam quandocunque posthumi natiuitate fuisset ruptum testamentum, & consequẽter non potuisset valere tacita vulgaris, quæ à pupillari pendet, sub qua continetur, preterquam quod regula
590 etiam est, vt à vulgari tacita testamentum exordium non capiat l. apud Iulianum §. idem Iulianus infra ad S.C. Trebell. Nec dicas ibi esse speciale, vt dicebat Iac. de Arena, fauore filij posthumi substituti, quia, præterquam quòd hoc est refugium miserorum vt ex glossa ad l. filium quem habilẽ C. famil. ercisc. vulgo dicunt, magis expedit illi, posthumum rumpere testamentum, quàm succedere per vulgarem tacitam
591 ne legatorum, præterea concurrerent duo specialia contra l. primam vbi Salyc. C. de dotis promiss. alterum enim esset, quod substitutio
592 pup. valeret nullo primo gradu hæredis existente; alterum vero, quod testamentum à tacita vulgari inciperet, quòd nulla iuris ratio patitur, vt admittatur; Dicendum ergò est cùm communi, ibi factam esse vulgarem expressam singulariter, & illa verba, si quis sibi post mortem natus fuerit, intelligenda sunt idest post mortem impuberis, vt recte ibi Accursi. intelligit, non autem post mortem testatoris.

593 Non obstat secundum, petitum à d. l. Titius §. Lucius supra eodem, quia ibi verbis expressis in testamento satis declaratum fuerat, testatorem voluisse habere hæredem filium pregnantis neptis, & licet non expresserit eum tanquàm natum, cùm ignoraret natum esse, expressit tamen eo modo, quo potuit, ita vt ex verbis ipsis de eius voluntate constaret. Mirum ergò nemini videri debet, si ibi valet hæredis institutio, quæ non potest dici omnino tacita, cùm non ex coniectura præter, vel contra verba; sed ex verbis colligatur.

594 Non obstat 3. de l. vltima C. de posth. hæred. inst. quia ibi, reuera, licet testator instituerit filios nascituros, si nascerentur intrà decem mensium spacium post mortem suam, generaliter saltem expressit etiam eos, qui nascerentur se viuo; propterea quòd conditionem illam apposuit, ad excludendum solummodo eos, qui nascerentur vltra decimum mensem post mortem testatoris, qui non præsumerentur filij ipsius; non autem ad excludendos eos, qui nascerentur, dùm ipse viueret, de quibus verè dici potest, non esse natos vltrà decimum mensem post mortem testatoris; & sic vltrà præscriptum terminum. Ita intelligitur, & rectè d. lex a Christophoro de Castellione, Fulgosio, & Cumano, quos referunt omnes hic, & in primis Ias. nu. 56. & nos quoquè infrà latius, & opportunius declarabimus. Verissimum esse hunc

hunc intellectum, per quem conciliatur dicta lex vltima cum lege commodissimè suprà eod.

595 Non obstat 4. de d. l. 3. C. de inofficio testamento, quia ibi est casus specialis, vbi mater, quæ alios omnes filios instituit, decedens in puerperio, eum, qui tunc nascebatur non potuit instituere, tunc enim repentini casus iniquitas, per coniecturam maternæ pietatis emendatur, & inducitur subintellecta hæredis institutio, quod fieri non debet, vbi quis expressè potuit instituere, & non instituit; tunc enim si voluisset, verisimiliter instituisset. Ita sentit etiam Ioan Bolog. hic nu. 147. Accedat etiam, quòd ibi, nō versamur in institutione, à qua pendeat forma testamenti, quod subsistebat, per institutionem aliorum filiorum, nec præteritione tertij filij, qui nascebatur, poterat rumpi, cùm matris præteritio pro exhæredatione habeatur. Vel igitur tacita institutio ibi inducitur, quia hoc ob summam æquitatem specialiter est iure cautum, vel, quia sit institutio, in qua testamenti forma non consistit.

596 Non obstat 5. de d. l. si pater impuberis, & de d. l. cohæredi in §. vlt. infra de vulg. & pupill. quia in vtraque lege supponendum est expressè factam esse institutionem, de qua legislatores mentionem non faciunt, quia dubitatio in dictis iuribus erat circa substitutiones tantummodo, & quando de vno dubitamus in

597 cęteris supponimus terminos habiles. Prętereà in d. l. si pater impuberis, non esset fortè mirum, vt censeretur facta tacita filiorum institutio, quos expressè reciprocè substituit, videtur enim eo in casu ex verbis ipsis constare de testatoris voluntate, cùm illos posuerit in dispositione reciprocè substituendo.

598 Non obstat 6. quia, prçterquam quòd dicta regula l. cùm quid ff. si certum pet. varias patitur exceptiones, & in primus, vt locum sibi non vendicet in his, quæ sunt de forma alicuius actus, vt est institutio in ipso testamento, iuxtà l. 1. in §. si quis ita de verb. oblig. habet etiam locum tantummodo, vbi constat saltem de tacita disponentis voluntate ex verbis generalibus & ex natura actus, vt suprà tetigimus: secus autem vbi aliquid omni respectu est tacitum, quo ad verba. vt in casu nostro; mens enim, & voluntas præfertur verbis in his, quæ non concernunt formam iuris argumento l. nemo potest delegat. 1.

599 Pro faciliori tamen solutione subtilis huius, & difficilis controuersiæ, fortè opere precium esset, contrarias opiniones, ita distinguendo conciliare. Aut aliqua facta est verbis expressis institutio, quam volumus ex coniecturata mente testatoris ad aliquam personam trahere, cui verba conuenire minimè videantur; aut nulla est facta hæredis institutio, sed volumus ex cōiectura mentis extrinsecus, & tacitè sub

600 intelligendo eam inducere. Primo casu, testamentum potest valere, per institutionem alicuius, de quo sentit testator, licet verba conuenire non videantur; & in his terminis vendicant sibi locum tex. in dict. l. Titius §. Lucius supra eodem, & in l. vlt. C. de posthu.

601 hęred. inst. Secundo autem casu, rursus distinguendum est, quia aut versamur in casibus, in quibus ob specialem aliquam æquitatis rationem sit iure cautum, vt institutio nullis verbis expressa subintelligatur, & subintelligitur, vt in d. l. 3. C. de in officio testamento. Aut versamur in dubio, & nunquàm subintelligitur institutio tacitè, per quam testamentum substineatur; & in his terminis vera est opinio Aret. & aliorum contrà communem, per argumenta suprà adducta, & præsertim quia forma nō præsumitur, & si tacitè adhibeatur nunquam satis est ad actus validitatem d. l. 1. §. si quis ita infra de verb. oblig.

602 Venio nunc ad secundam inspectionem, & quæro nunquid si testator ommisserit expressam filij institutionem, testando per simplicem Galli formulam, validum condat testamentum, quasi per eandem formulam censeatur etiam filios tacite institutus, ita vt possit sortiri effectum ex testamento prouisio facta de hærede in persona nepotis posthumi, perinde ac si filius esset expræsse ante adiectionem formulę institutus.

In hac igitur ex omnium DD. sententia difficili, perplexa, & subtili iuris controuersia, cuius tamen termini sunt notissimi, pugnant interpretes ad inuicem diuisi in contrarias classes, aliqui. n. opinantur valere huiusmodi testamentum, & hanc opinionem videtur tenere Bart hic nu. 5 & in §. idem credendum infra eadem lege nu. 2. eamdem quoq; opinionem sibi ipsi constans firmat in l. e in 3. q. princ. sub nu. 16. & plenius in l. si quis eum §. t. & in l. cohæredi §. fin. infra da vuulg. & pupil. eamdem sequuti sunt etiam Salyc. & Castr. vt testatur Soc. iun. hic nu. 34. & Ias. nu. 33. & in specie tenuit Castr. hanc sententiam in dicto §. in omnibus infra eadem lege nostra nu 2. & in l. si ita scriptum §. fin. supra eod. nu. 3. & hanc eamdē opinionē defendit Iac. de Isolanis, qui deinde factus fuit Cardinalis, vt refert Ias. hic nu. 32. & Alc. nu. 23. qui eamdem amplectitur sub nu. 24.

nu. 24. Fortun, quoq; Garz. hic nu. 76. cum pluribus ſequentibus, acerrimè defendit & in eandem ire videtur Lancell. Galiaul. nu. 24. & nouiſſ. Alex. Galu. hic in verbo ſi filius nu. 29. & pro hac opinione plura adducuntur arg.

603 Primùm igitur pro hac opinione Bart. ita, virtute, argumẽtatur. tacita filij inſtitutio ſufficit ad hoc vt teſtamentum paternum ſuſtineatur vt eſt communis opinio DD. in l. ſi pater filiũ infra de vulg. & pupil. vt dicebamus etiam in præcedenti art. quam communem verum eſſe in hac diſputatione ſupponere debemus, nam quãdo de vno diſputamus in alijs ſupponuntur cõmunes, vt tradit Hippol. Riminald. ad Rub. Inſtit. d. donat. nu. 59. at in teſtamento, per ſolã Galli formulam concepto, continetur tacita filij inſtitutio. igitur talis inſtitutio ad reddendũ validum teſtamentum ſatis eſt. Minor probatur, quia teſtator vtens Galli formula ſine dubio maxime ſollicitus eſt de validitate & conſeruatione teſtamenti, ad quam reſpiciens, nepotem poſthumum inſtituit caſu quo ſuus naſceretur, ne rumperet teſtamentum, multo magis ergo cenſetur inſtituiſſe filium, quo non inſtituto ab

604 initio teſtamentum nullum fuiſſet, Qui vult. n. conſequens, vult omne neceſſarium antecedens l. illud de acqu. hæred. inſt. in prin. de hered. inſt. ſed vult hoc conſequens teſtator de quo loquimur, vt teſtamentum valeat, & conſeruetur, ergò in neceſſariam antecedentiam inſtitutum eſſe filium, cuius præteritio teſtamentum nul-

605 lum redderet, preſertim cũ in ſubſtitutionib. etiã directis obſeruetur præſumpta, & ordinata filiorũ & liberorũ affectio, propter quam recedimus à propria ſignẽ verborum. vt dixit gloſſa ſingularis plurimum à Paulo & Alex commendata in l. ſi pater impuberes. infra de vulg.

606 & pupil. id quod confirmat etiam laſ. per l. cum auus de condit. & demoſtr. nulla enim maior affectio, quàm paterna l. iſti quidem. ff. quod metus cauſa quapropter qui nepotem inſtituit propter filium, ex quo natus eſt arg. l. dedit dotẽ ff. de coll. bon. multo magis filium inſtituiſſe

607 videtur per regulam, propter quod vnum quodque tale & illud magis, vulgata auth. multo magis C. de Sacr. San. Eccleſ. cum enim teſtator pro validitate teſtamenti, vt inquit Soc. iun. hic nu 36. inſtituerit poſthumum nepotem inuiſũ, & in cognitum, multo magis credendum eſt inſtituiſſe filium iam natum, & cognitum, ne non iure faciat, teſtamentum. Corroborantur

608 hæc omnia, quia in dubijs debet fieri interpretatio pro teſtamento l. ſi quis. in prin. de in officio teſtamento c, ex literis de probat. c. fin. de

609 reg. iur. ſemper enim in dubio fauendum eſt validitati ipſius teſtamẽti l. in teſtamentis infra

610 de reg. iur. nec credendum eſt in propoſito teſtatorem elegiſſe viam, per quam ſuum teſtamentum impugnaretur, cuius validitatem tãto ſtudio procurabat contra l. 1. infra de milit. teſtamento. Accedat, quod non obſcurè colligitur etiam hæc tacita inſtitutio, non modo ex conjectutata mente teſtatoris, ſed etiam ex verbis ipſius formulę, quatenus. n. dicit teſtator, ſi filius meus me viuo, moriatur poſthumus ex eo hæres eſto: à contrario ſenſu, ſi ſe viuo non moriatur, ſed ſuperuiuat, non nepotem poſthumum, ſed filium ſuperſtitem apertè vocare uidetur, arg. l. 1. §. huius rei ſupra de officio eius.

611 Secundo loco pro hac eadem opinione adducitur tex. in l. cum in teſtamento in prinс. infra de hæred. inſt. vbi inquit tex. cum in teſtamento ita ſcribitur, ſi filius meus me viuo moriętur, nepos ex eo poſt mortem meam natus hęres eſto, duo grad s hæredum ſunt, ecce igitur in dicto teſtamento fuerat poſita Galli formula duntaxat, & tamen intelliguntur facti duo gradus hæredum, quod cum ita ſit poſſumus pro hac opinione vna cum Soc. inn. hic nu. 36. ita ratiocinari. vbicumq; dantur duo gradus hæredum primus ſz. & ſecundus ibi datur teſtamentum validum, cum neceſſe ſit, vt contineat hæredis inſtitutionẽ in primo gradu, ſubſtitutionem in ſecundo. At teſtamentum factum per ſimplicem Galli formulam duos hæredum gradus continere dicitur, primum nempè & ſecundùm d. l. cum in teſtamento facit etiam l. ſi mater § fin. infra de vulg. & pupil. igitur teſtamentum, Galli duntaxat formulam contiens, quaſi per eam filius quoq; conſeatur inſtitutus valet, nec dicas ibi ſupponendum eſſe factam fuiſſe expreſſè inſtitutionem filij, quia ibi ponuntur verba integra, & formalia teſta menti continentis ſolam formul m Galli, vt conſtat ex legis prin. dum dicit, cùm in teſtamento ita ſcribitur. præterea, ſi expreſſa fuiſſet talis inſtitutio, infulsè dubitaſſet I. C. an eſſent duo gradus hæredum, de hoc. n. non conſueuit dubitati, niſi vbi tales gradus non ſint expreſſi vt in ſimili eſt tex. in l. titia ſeio §. ſeia libertas infra de legat. ſecundo & in l. cohæredi §. qui diſcretas infra de vulg. & pupil.

612 Tertio adducitur tex. in l. ſi mater in §. fin. infra de vulg. & pupil. vbi inquit tex. ſi filius & ex eo nepos poſthumus ita hæredes inſtituantur, vt Gallo Aquilio placuit, &c. quibus ex verbis hoc oritur arg. ſi teſtamentum per Galli formulam

mulam conceptum non valeret, & tacitam saltem filij institutionem non includeret, filius, & nepos, posthumus non dicerentur ex consilio, & placito Galli instiui, sed solummodo nepos, at vterq; dicitur ex Galli consilio instiui, ita vt pronilio & [illegible] ipsius ad vtrumq; referatur dicto § fin. igitur testamentum per solam Galli formulam conceptum, quasi filij etiam institutionem includat, firmum est, & validum.

613 Quarto pro hac eadem opinione adducitur tex. in l. etiam §. libertus infra de bonis libert. vbi inquit tex. si filius meus me viuo moriatur patronus hæres esto, non male videtur testatus, quod cùm ita sit possumus per hunc tex. hoc modo argumentari, ita se habent ad filium verba testamenti illius liberti, de quo in dicto § si libertus prout se habent verba formulæ Galli Aquilij ad filium testatoris, de quo loquimur, qui scilicet testatur ex consilio eiusdem Galli, cum de vtroq; dicatur, vt si viuo testatore moriatur, alius sit hæres, sed libertus, per dicta verba, rectè testatur sine expressa institutione filij, quasi tacitè eum vocauerit, dicto §. si libertus patronum, ergò auus quoq; iure testatur, & rectè per simplicem formulam Galli, etiam sine expressa institutione filij, quasi tacitè eum vocauerit.

614 Quinto adducitur tex. in l. si pater impuberes, & in l. cohæredi § fin. infra de vulg. & pupil. Quibus in iuribus pater expressè substituens pupilliariter filijs suis, censetur eosdem filios instituisse, ita vt rectè & sine uitio testatus dicatur, quit ergo ex illis iuribus huiusmodi argumentum. expræssè substituens censetur breuibus verbis etiam institu. re, ad hoc vt testamentum ualeat, dictis iuribus, ubi glossa, & DD. sed testator utens formula Galli expressè substituit nepotem posthumum filio, ut supra cum communi concludebamus, ergo ad hoc ut testamentum ualeat, censetur etiam filium in necessariam antecedentiam instituisse.

615 Sexto & ultimo, ommissis alijs, quæ discussa sunt in præcedēti art. adducitur tex. in l. si ita stipulatio in princ. de operis libert. ubi si patronus ita stipuletur à liberto, si decem, dierū operas non dederis uiginti date spondes interpretatiua dicitur facta stipulatio de decem operis, quo stante ita possumus pro hac opinione argumentari. Quicquid dicitur in contractibus haber etiā locum in ultimis uolūtatibus ualet. n. argumentum, ut habetur in tit. inst. de lege fu-

616 sia Caninia toll. at in contractibus inducitur ualida stipulatio, & dispositio per uerba conditionalia d. l. si ita stipulatio ergò ualida etiam inducitur in ultimis uoluntatibus hæredis institutio in persona filij, per cōditionalia uerba, si filius me uiuo moriatur, quibus Galli formula concipitur, ut patet in tex. nostro, nec dicas cum Alex. & Ias. illud ibi procedere speciali ratione, ne scilicet patronus priuetur omnino cōmodo stipulationis, cùm aliàs illa uiginti uiderentur promissa gratia onerandę libertatis, & consequenter stipulatio non ualeret, qua maior ratio suadet, ut interpręteinus in casu nostro factam institutionem filij, ne alias scilicet testamentum sit penitus inutile, quandoquidem institutio de nepote non ualeret, si filius remaneret præteritus, & certè magis fauendum est ualiditati ipsius testamenti, quam contractus argumento l. in testamentis ubi DD. ī de reg. iur. His tamen & similibus argumentis non obstātibus, omnes ferè interpretes, teste Ioan. Bologn. hic nu. 133. ierunt in contrariam sententiam, opinantes testamentum continens simplicem Galli formulam, sine expressa institutione filij, nullum esse, ita. n. concludunt hic glossa Cyn. Alberic. Bal. Angel. Nicol de Neapoli, Raphael Cum. Imola, & allij, & presertim D. Spannochius particula ulti. num. 9. Aret. in l. fin. per illum tex. C. de hæred. inst. Castrens. sibi contrarius in repetitione legis si filius qui in potestate in 6. oppositione supr. eodē, & hic idem Aret. nu. 3. Alex. nu. 6. licet affirmet defendi posse etiam opinionē Bart. Ias. nu. 48. licet ipse quoq; conetur aliquo modo defendere contrariam opinionem Bart. hanc eandem communem licet plura capita distinguat, uidetur tenere in terminis nostris Ruin. hic nu. 26. & 28. sequuntur Duar. & Cuia. in § idem credendum, & in §. in omnibus ī. eodem, nec non Ant. Faber lib. 9. coniect. iur. ciuil. c. 10. & Andrea. Fachin. lib. 4. contr. iur. cap. 76 & alij recentiores omnes, qui passim testantur de communi, & Soc. iun. hic nu. 32. testatur de magis comuni latissimè disputans in utranq; partem, more suo, sed anceps pedes non figit, nec quid certum statuit, quicquid sit pro hac opinione plura afferuntur argumenta.

617 Primùm autem adducitur tex. in §. in omnibus infra hac eadem lege nostra, in omnibus his speciebus, inquit tex. illud seruandum est, ut filius duntaxat qui est in potestate, ex aliqua parte sit hæres institutus, qui tex. ita inducitur in omnibus casibus enumeratis à principio huius legis nostrę usq; ad §. in omnibus, ad hoc ut ualeat testamentum, necesse est ut filius in potestate instituatur, sed casus, ubi sit testamē-

tum

tum per formulam Galli, ponitur, & numeratur ab eodem Scribidio Scæuola ante dictum §. in omnibus in principio leg s nostre, ergo in tali casu, vbi scilicet factum est testamentum per simplicem Galli formulam, ad hoc vt valeat, debet filius expressè hæres institui, alioquin, si sufficeret tacita institutio, frustra fuisset appositum tale requisitum à I.C. nec verū esset, uniuersaliter in oibus casibus enumeratis necessariam esse hęredis institutionem filij, quia in casu vbi factum esset testamentum per dictam formulā, includeretur in ea saltem tacitè, ita vt alia hæredis institutione in persona filij, eo casu, non esset opus, nec dicas cum Fortun. hic nu. 88. dictum §. in omnibus requirere hęredis institutionem, sed tacitā non excludere, alioqnin sequeretur, vt falsa esset illa cōmunis, quæ habet, ad informandum testamentum, tacitam institutionem sufficere, quia replicamus regulariter sufficere tacitam hæredis institutionem, non autem in casibus in hac lege enumeratis ante §. in omnibus per dictum tex. vel procedere dictam communem, vbi tacita institutio colligatur quoquomodo ex verbis, vel confusis, & generalibus, vel concisis, vt in l. 1. de hered. inst. secus si ex coniectura voluntatis, præter verba, vt in casu nostro, quemadmodum ex Aret. in precedenti art. declarabamus, vel negamus absolutè Galli formulam tacitam institutionem, quæ fortè sufficeret, includere, vt latius docebimus infra soluendo contraria.

618 Secundo pro eadem sententia adducitur tex. in l. si quis eum in § fin. infra de vulg & pupil. vbi inquit I.C. sed, si secundum testamētum ita fecerit pater, vt sibi hæredem instituat, si viuo se filius decedat, potest dici non rumpi superius testamentum, quia secundum non valeat, in quo filius præteritus sit, vbicunq; ergò ita quis testatur, vt, si se viuo filius moriatur alterum hæredem instituat, inutiliter testatur, dicto §. fin. at qui testatur per solam formulam Galli, ita testatur, vt, si viuo se filius moriatur alium hęredem instituat, igitur qui per solam formulam Galli testatur, inutiliter testatur, nec dicas cum Bart. illa esse verba I. C. referentis factum quod sequi potest post conditum testamentum, non autem esse verba testamenti, quia, re vera, sunt verba I.C. referentis modum, & formam testamenti, id quod colligitur apertè ex dictione, ita, dum inquit, sed si secundum testa-

619 mentum, ita, fecerit, præterq; quod esset casus de indubitabili, si ibi I. C. per illa verba. si viuo se filius decedat, rei euentum referret, non conditi testamenti formam, cū indubitati iuris sit testamentum, in quo simpliciter præteritus est filius in potestate, nullum esse, etiam si viuo testatore filius decedat, l. si filius qui in potestate supra eodem, Ceteræ quoq; responsiones licet subtiles, quæ afferuntur à Fortun. Garz. hic. & ab alijs, nō tollunt vim huius argumenti si rectè, & sine cauillatione perpendantur, aut enim diuinatiuas argutiolas continet, aut non benè verbis accommodantur.

620 Tertio pro hac eadē sententia adducitur tex. in §. idem credendū, infra hac eadem lege nostra, vbi si quis habeat filium, & ex filio nepotem, & ex nepote speret habere pronepotem, potest instituere pronepotem, si filius, & nepos se viuo moriantur, quo casu si quidem primum decedat nepos, deinde filius, admittitur ex tali testamento pronepos, alioquin si antea filius decedat, nepos successione rumpit tale testamentum, id quod explicat I.C. his verbis Nam, si & filius, & nepos uiuat concipere vtrisq; mortuis viuo se tunc qui pronepos nascetur quod simpliciter admittendum est, ita sane si prius nepos deinde filius decederet, ne successione testamentum rumperetur, successione scilicet nepotis preteriti, vt exponit ibi glossa, quam communiter sequūtur DD. possumus ergò per hunc tex. ita argumentari. Si testamentum conceptum per Galli formulam valeret, hoc esset quia filius positus in conditione censeretur institutus, non autem præteritus, sed hoc non est, quia nepos in eadem conditione positus, vbi institui tur pronepos, moriente prius filio, tanq; præteritus in locum patris succedendo rumpit testamentum, dicto § idem credendum, igitur tale testamentum non valet, nec dicas quinimo ibi probari totum oppositum, quia licet nepos, quamq̃ in conditione positus, non censeatur institutus, ex eo scilicet quòd minus necessariū est vt instituatur, vel quia institui tanq̃ alienus non potest, fil us tamen qui poterat, & debebat institui, iure optimo intelligitur institutus, alioquin enim, nec ab initio testamentum valuisset, quia replicandum est I. C. in dicto §. & in omnibus casibus ante §. in omnibus, supponere factam esse expressam filij institutionem, quæ de nepote fieri non poterat, ratione de qua supra, & hic est verus illius intellectus, sine cauillatione, vt sentit etiam Ioan. Bolog. hic num. 137. Cætera autem quæ considerantur pro responsione ad dictum tex. à Fortun. Garz. hic n. 90. sunt subtilitates vanæ & argutiolæ, quibus in stricta disputatione possent euitari dict. tex. sed nō attingunt uerā I.C. mentē & sententiam.

621 Quarto

621 4. Adducitur tex. in l. fin. C. de hæred. inst. vbi quidam, cùm testaretur, dixit Sempronius Plotij hæres esto, & licet Sempronius fuerit institutus Plotio, quod fieri non potest: nisi sibi testator Plotiũ instituerit, non ideò tamen intelligitur Plotius institutus, quod cum ita sit, Aretinus ita argumentatur. Ad hoc, vt testamentum, per formulam Galli conceptum, valeret, necesse esset, vt censeretur facta institutio filij, quæ si non præcedat, valere institutio nepotis non potest, sed hoc esse non potest, quia vbi vna institutio non valet, nisi alia præcedat, non ideò censetur alia præcessisse, dicta l. fin. igitur tale testamentum, per solam Galli formulam conceptum, non valet.

622 5. Si testamentum, de quo disputamus valeret, sequeretur, vt filius, qui in eo in conditione est positus, censeretur vocatus, sed hoc non est admittendum, cùm repugnet Glossæ communiter approbatæ in l. Lucius huius initij, secunda de hæred. instituen. & l. ex facto eodem titulo cùm similibus, ergò nec illud vnde hoc sequitur.

6. Ad mentem Anto. Fabri libro 9. coniect. iur. capitulo decimo, sic possumus ratiocinari, si per solam Galli formulam censeretur tacitè institutus filius, sequeretur illud incõmodum, vt filij præteritio, qui neque institutus esset, neq; exheredatus, haberet vim institutionis, sed hoc ridiculum est, & non admittendum, ergò nec illud vnde hoc sequitur, minor probatur, quia præteritionem vim exhæredationis habere, vt in matre, & auo materno reperitur § vltimo instit. de exhæred. lib. l. filium C. de inoff. testam. est. n. tacita exhæredatio vt tradit Thob. Non. ad princ. instit. de exhæred. lib. num. 3. habere autem vim exhæredationis nemo vnquam ex iuris prudentibus dixit.

7. Et vltimo ommissis alijs, si testamentum conceptum per solam Galli formulam valeret, sequeretur, vt forma præsumeretur, & vt tacitè posset induci, sed hoc consequens est falsum l. 1. §. si quis ita infra de verb. oblig. l. fin. C. de hæred. instit. vbi notat Alex. ergò falsum est etiam illud, vnde hoc sequitur.

623 Non obstant nunc contraria, & presertim primum argumentum. Primùm quia negari potest illius maior, quæ habet tacitam institutionem sufficere ad testamentum informandũ, quandoquidem communes quoq; negamus, quando ab illis pendet immediatè alia disputatio, quàm præmanibus habemus, vt rectè declarauit ex fenten tentia D. Francisci Cāturij nostri primum Rotæ Romanæ Auditore, deinde Episcopo Lauretano, Thomas Corat. in suo tract. de comuni opinione lib. 2. tit. 8. inspect. 2. nu. 3. præterea possumus respondere dictam communem procedere regulariter, non in testamento, quod vario modo ex consilio Galli fieri potest, cùm iure cautum sit, vt in tali testamento debeat expressè filius institui d. §. in omnibus, vel possumus eandem propositionem, vnà cum Aret. iuxta tradita in præcedenti articulo, limitare, vt procedat quando tacita institutio elicitur quoquomodo ex uerbis, uel generalibus, & confusis, uel concisis iuxta l. fin. C. de posthum. hæred. instit. & iuxta l. 1. infra de hæred. instit. facit etiam tex. in l. si scriptum infra eodem, secus autem si præter, uel contra uerba, ex mentis coniectura extrinsecus colligatur, quapropter, cùm ex uerbis formulę Galli tacita filij institutio non colligatur, ut mox docebimus, dicendum est tale testamentum non ualere.

624 re. Accedat quod si indistinctè admittatur illa communis, quæ habet ualere testamentum continens tacitam institutionem, potest ad argumentum respondere, negando absolutè minorem, quia reuera testamentum per simplicem Galli formulam conditum, nec tacitam filij institutionem continet, siuè respicias uerba, siuè uoluntatis coniecturam, sed omninò filius dicitur præteritus, ut probat in terminis tex. in d. l. si quis eum §. fin. infra de uulg. & pupil. non enim elicitur ex uerbis talis institutio, nec quidem à contrario sensu, quia dùm in sensu directo dicitur, si filius meus, me uiuo moriatur nepos hæres esto, à contrario sensu dicitur si me uiuo non moriatur hęres non esto, & sic à contrario sensu nepos uocatus in sensu directo excluditur, non autem uocatur filius in conditione positus, quandoquidem in conditione positi non censentur uocati, glossa est communiter approbata in l. Lucius huius initij 2. ℣. de hæred. inst. ut de communi testatur Soc. iun. hic nu. 37. nec elicitur ex coniectura mentis, quia non est satis dicere, auus de quo loquimur fuit sollicitus de ualiditate testamenti instituendo nepotem posthumum, casu quo suus nasceretur, ergò multò magis uidetur uoluisse instituere filium, & tanquàm magis dilectum, & quia testamentum, cuius ualiditatem tanto studio procurabat, sine illius institutione, ualere non potest, quia, si tales coniecturas admitteremus, ubicunque aliquis testaretur instituendo extraneos, & filios prætereundo, quia non præsumeretur uelle facere actum frustratorium, & consequenter uellet hoc consequens, ut testamentum ualeret, censeretur

stitutionem, in qua consistit forma testamenti non fingitur nisi expressè, & apertis verbis adhibeatur l. Quoniam indignum C.de testamentis, iuncta l. hæredes palam,in prin. supra de testamentis, nullibi enim reperitur inductum testamentum, de quo non clarè constet, per fictã institutionem, vbi stipulatio in pluribus casibus fingitur,de quibus per DD. in Rub.ff. de verb. oblig. vbi nos quoq; docuimus,& si alicubi reperiatur à iure inducta præsumpta institutio, præter vel contra verba,factum est specialibus
632 quibusdã iuribus, vt in l. 3. C.de inofficio testamento,in l.Titius §.Lucius ĩ eodem,quæ habent in contrarium ius commune,argumento l. ius singulare ĩ de legi.quod verò contra rationẽ iuris communis receptum est non est producendum ad consequentiam l. quod verò eod. tit. de legibus.

633 Superest nunc, vt tertiam,& vltimam inspectionem absoluamus,in quæstionem vocando, an siquis expræssam filij institutionem ommiserit, solam Galli formulam in testamento suo ponendo,dicatur, vtiliter testatus,quia sc. tacitè censeatur ab intestato vocasse filium ipsum, & hanc opinionem apertè tenet Bart.hic sub nu.5. & alijs in locis supra in præcedenti art.allegatis, sequuntur ferè omnes DD. quos pro opinione Bart.adduximus in eodem præcedenti articulo, & vltra illos hanc eandem opinionem videtur sequi Ioan. Bologn. hic sub num.144 pro qua plura afferuntur arg.

634 Primum autem Bart. adducit tex.in l.siquis ita hæres instituatur ĩ. de hæred. instr. in quo potissimum est huius opinionis fundamentum, illius autem verba sunt hæc, siquis ita hęres instituatur,si legitimus hæres nolit vendicare hæreditatem meam,puto deficere conditionem testamenti illo vendicante,igitur non vendicante non deficit,& consequenter testamentũ valet,& sortitur effectum, ita vt sub conditione institutus, ea purificata, ex testamento hæreditatem habeat, quod cum ita sit, possumus efficacissimè per hunc tex. ita pro hac Bart. opinione argumentari. vbi quis instituitur, si venientes ab intestato seu legitimi hæredes hæreditatem non vendicent, valet testamentum, & sustinetur d. l. siquis ita hæres instituatur;purificata, scilicet conditione, quia hæredes legitimi vendicare non possint,uel nolint hæreditatem, at per simplicem Galli formulam instituitur nepos posthumus nasciturus, si eius pater,qui est hæres legitimus, & potior in successione ab intestato hęres non sit, quia scilicet viuo auo testatore moriatur, & sic hæreditatem non uendicat,ergò eo mortuo viuo testatore, & consequenter conditione purificata, debet testamentum sustineri,ita vt valeat,& sortiatur effectum,quasi censeatur vocatus filius ab intestato, & casu, quo ipse hæres non sit,nepos institutus.

635 2. Loco, ad mentem eiusdem Bart. licet paucis vtatur,ita virtute possumus argumentari, tunc demum testamentum conceptum per formulam Galli dumtaxat non valeret, si præteritio filij in conditione positi esset sufficiens ad reddendum illud nullum, sed talis præteritio,si qua est,ad testamentum firmandum non est sufficiens, sequitur ergò vt testamentum eo modo pro Galli formulam conceptum,vtiliter
636 fiat, minor probatur quia tunc præteritio sui hæredis sufficit ad reddendum testamentum nullum, quando cùm effectu est damnosa, & iniuriosa, secus autem si non sit damnosa, nec iniuriosa,nec re, nec spe, vt colligitur ex auth. vt cum de appellatione cognoscitur in §.hæc autẽ dispositimus,hinc,siquis cõsentiat præteritio-
637 ni,testamentum præteritione nullum non est l. non putauit §.siquis sua manu ĩ. de bon.poss. contra tabul. tradidit Bal. in l. si quando in §. generaliter de inofficio testamento, Angel. in l. siquis posthumos §. si filius supra eodem, vbi
638 sequitur Alex. in fine sub nu.8.ita vt sit communis opinio, cuius ratio sine dubio est,quia nulla fit iniuria volenti, & consentienti l. cum donationis C. de transactionib.sed,in casu nostro,filio præterito nulla fit iniuria, nec re, nec spe, quandoquidem,vbi succedere possit ante mortem,semper vocatur ab intestato, sic ommittitur eò casu dumtaxat,in quo nullus alius est vocatus, ergò talis præteritio non damnosa, non iniuriosa, nec re, nec spe,testamentum,de quo loquimur,nullum reddere non debet.

639 3. idem Bart. pro hac opinione ita virtute argumentatur, dispositio testatoris, per quam creditur pater familias spontè sua ab intestato succedentibus relinquere legitimam hæreditatem,sustinetur, & valet, tex. est optimus in l. conficiuntur in princ. infra de iure codicill. sed testator per hanc formulam, Galli Aquilij sine dubio,sua sponte filio se viuo non morienti relinquit ab intestato suam legitimam hęreditatem, vt patet, igitur talis dispositio testatoris per solam Galli formulam sustineri debet, vt valeat, quasi sit ab intestato vocatus filius, & ei, si viuo testatore patre moriatur, sit insti-
640 tutus proprius filius testatoris nepos, fieri autem posse substitutionem etiam venienti ab intestato, probat optimè dict. l. conficiuntur in prin.

641 4. Pro hac eadem sententia ita ad mentem Ioan. Bolog. hic sub nu. 144. argumentor, quod de præsenti fieri non potest, si ratione conditionis respicientis futurum tempus, in tempus habile conferatur sustinetur, & valet l. 4. §. nihil ff. de manumiss. l. illud §. primo ff. de manumiss. vindicta l. in tempus infra de hæred. inst. sed habens filium in potestate, licet de præsenti alium, eo prætetito instituere non possit, si tamen instituat aliquem in casum, vbi dictus filius se viuo moriatur, vt fit per formulam Aquilianam, ratione futuræ conditionis, confert institutionem in tempus habile, quando scilicet filius instituendus, vel exhæredandus, non autem prætereundus amplius non viuit, igitur talis dispositio testamentaria, licet sit facta tempore inhabili, valet tamen cùm in tempus habile, sit collata.

642 5. Et vltimo confirmatur hæc opinio Bart. hoc argumento, vbicunq; datur forma vulgaris substitutionis, ibi datur testamentum validũ, etiam nulla præexistente institutione, cùm præcedens institutio non sit de essentia substitutionis vulgaris, sed in testamento per formulam Galli concepto, datur forma vulgaris substitutionis singulariter expræssę, vt suprà cum communi firmauimus, ergò testamentum per formulam Galli conceptum, quæ vulgarem substitutionem continet, valet etiam nulla præexistente filij, vel alterius institutione, maior probatur per tex. in dicta l. siquis ita hæres instituatur, vbi si hæres legitimus non sit hæres alter substituitur, probatur etiam in l. 3. fin. supra hoc eodem tit. nostro, vbi quidam habens filium, instituit hæredem Titiũ extraneum, filiũ suum in primo gradu prætereundo, deinde dixit vulgariter substituendo, & si Titius hæres nõ erit, Sempronius hæres esto, & addidit filius ex hæres esto, & sic à secundo gradu filium exhæredauit, concludit ibi I.C. ex Sabino Cassio, & Iuliano, perempto primo gradu testamentum ab eo gradu exordium capere, vnde filius exhæredatus est, constat ergò valere testamentum per vulgarem substitutionem, nullo præexistente

643 primo gradu ab initio prætetitione filij, nec dicas non posse dari substitutionem vbi vnus institutus in locum alterius non substituatur, quia respondeo satis esse, vt hæres ex testamento subrogetur in locum hæredis ab intestato nõ succedentis, nec dicas in dicto §. fin. quoquomodo esse aliquem institutum in cuius locũ alter subrogatus est, quod non potest dici in casu no-

644 stro, vbi nec filius, nec alius institutus non sit, quia dico paria esse, quid non fieri, vel fieri ab initio nulliter, nec dicas non posse dari substitutionem, quæ ab institutione non pendeat, iuxta tex. in §. liberis, instit. de pupil. & in l. secunda §. Quisquis autem ȷ. de vulg. & pupil. quia replico ad fauorem Bart. illud procedere in pupillari substitutione de qua loquuntur dicta

645 iura, cùm ab ea non possit incipere testamentum, secus autem in vulgari, & ratio diuersitatis est, quia per pupillarem substitutionem faci-

646 mus testamentum alteri, nmepe pupillo, vt constat ex eisdem iuribus, nec potest aliquis testamentum alteri facere, nisi & sibi faciat, ubi

647 per vulgarem substitutionem facit quis testamentum sibi, cum vulgariter substitutus non ei cui substituitur, sed testatori succedat, vt per eundem Bart. in d. l. 1. ȷ. de vulg. & pupill. nu. 17. hinc quoque est, ut ab ea sumat vires testamentum non autem à pupillari.

His tamen non obstantibus, in contrariam sententiam iuerunt communiter interpretes, & persertim ij quos adduximus pro communi in præcedenti articulo, & Bal. hic sub nu. 7. maximè in ijs terminis Bart. opinionem exagitat, & pluribus argumentis reprobat, aliqui etiã, qui in præcedenti articulo, cum Bart. erant, in terminus questionis nostræ, ab eo recedunt, & communi adhærent, & presertim Alex. Ga lu. hic in verbo si filius nu. 2. cum seq. quicquid sit, pro hac comuni opinione, quam veriorem esse arbitror plura adducuntur.

648 Primum autem adducitur tex. in §. in omnibus ȷ. hac eadem l. nostra, vbi expræssè habetur in omnibus præcedentibus speciebus, in quibus testamentum fit, ex consilio Galli, filium esse, ad hoc ut valeat testamentum instituendũ, at in testamento concepto per solam formulam Galli, filius non est institutus, sed vocatus ab intestato, vt in hac disputatione supponimus, igitur huiusmodi testamentum non valet, nec dicas satis esse saltem tacitè institutum, cùm sit ab intestato vocatus, quia implicat, vt vocatus ab intestato dicatur institutus, successio enim in ge

649 nere sumpta, est quoddam genus quod diuiditur in successionem ex testamento, & in successionem ab intestato per differentias contrarias, ita ut in eadem persona, & eadem hæreditate successiones huiusmodi contrarię, & pugnantes concurrere, & simul stare non possint l. Quamdiu de acquir. hæredit. l. ius nostrum de reg. iur.

650 2. Pro hac eadem opinione adducitur tex. in l. siquis eum in §. fin. ȷ. de vulg. & pupill. qui si rectè perpendatur, in terminis, hunc, & præcedentem articulum decidit, quandoquidem de pa-

de patre qui primum testamentum ualidum fecerat ita loquutur, sed si secundum testamentum ita fecerit pater, ut sibi hæredem instituat, si uiuo se filius decedat, potest dici non rumpi superius testamentum, quia secundum non ualet, in quo filius præteritus sit, ubi ergò quis ita testatur, ut alium instituat si, se uiuo filius decedat quia filius prætereat, inutiliter testatur, sed condens testamentum per solam formulam Galli ita testatur, ut nepotem instituat si se uiuo filius moriatur, ergò tale condens testamentum, quia filium prætereat inutiliter testatur.

651 3. Et ultimò ommissis alijs adductis per DD. hic & presertim per Bal. no. 7. adducitur tex. in l. si ita scriptum § fin. supra eodem testamentum, q uod hoc modo scribitur, inquit tex. Titius post mortem filij mei hæres esto, filius exhæres esto, nullius momenti est, quia filius post mortem suam exhæredatus est, potest autē hic tex. ita induci, si de quo magis uidetur inesse, & non inest, ergò nec de quo minus l. 4. ff. de senat. l. capitalium §. ut generaliter ff. de pœn. cum alijs adductis per Nicol. Vigell. in sua Dialect. iur. lib. 2. in loco à comparatis, Regula 2. sed magis uidetur inesse, ut ualeat testamentum illius, qui post mortem filij aliquem instituit, & filium exhæredauit, quàm testamentum conditum per formulam Galli, in quo institutio nepotis confertur post mortem filij, filio ipso non exhæredato, sed præterito, & tamen non inest, quia dictum testamentum non valet dicto §. fin. igitur multò minus valet testamentum conceptum per formulam Galli, in quo filius est præteritus.

652 Non obstant nunc contraria, & presertim primum argumentum de dicta l. si quis ita hæres instituatur, quia illa maior, quæ ex dicta l. elicitur, nempe vbi quis instituitur, si legitimus hęres hæreditatem non vendicet, valet testamentum, quasi purificata conditione eodem hærede legitimo non vendicāte, procedit, vt post alios declarat Soc. iun. hic nu. 33. in legitimo, qui sit suus, quique non sit necessariò instituendus, vel exhæredandus, ad hoc vt valeat testamentum, nec dicas suum quoq; hæredem esse legitimum, & ideo illius tex. genera

653 litate comprehensum, ut dicit Ias. hic, quia immo debet intelligi de legitimo, qui opponitur suo, vt patet in Rub. de suis & legitim. tum quod verba, in dubio, quæ possunt accipi in specie, & in genere, potius in specie quàm in genere accipiuntur l. hoc legatum de legat. 3. tum quod ita suadet natura illius tit. de hæred. instit. in quo non agitur principaliter de suis, in quos cadit necessaria institutio vel exhæredatio, de quibus agitur in tit. nostro, sed de ex-

654 traneis, quorum libera est institutio. Accedat etiam quod in suos non cadit illa hęreditatis vendicatio, de qua loquitur illa lex, sed potius dominij continuatio, iuxta l. in suis su pra eodē, in casu ergò illius legis succedit legitimus hæres, ita vt præferatur vocato in testamento; contra regulam legis quamdiu huius initij 2. infra de acqu. hæredit. quia scriptus in testamento non fuit vocatus hæres simpliciter, & purè, sed sub conditione, si legitimus hęreditatem non vendicet, & ideo, eo vendicante, deficit cōditio testamenti, & sic non prefertur causa ab intestato, causæ ex testamento, vt credunt DD. sed succedit, quia, deficiente conditione, testamento non potest esse locus, & licet eodē

655 tempore deficiat conditio, & fiat hæres legitimus, intelligitur nihilominus prius deficere conditio prioritate naturę de qua Bald. ad l. 1. ff. de instit. & iur. nu. 8. & in l. Arethusa ff. de stat. hom. nu. 2. & 8.

656 Non obstat secundum argumentum, quia falsum est, pręteritionem non iniuriosam non rumpere testamentum, omnis. n. pręterito ab initio nullum testamentum reddit, cùm sit de forma testementi patris familias suorum institutio, vel exheredatio, nec obstat tex. in auht. vt cum de appell. cogn. §. hęc autem disposuimus, vt parentes, & filios à testamentorum iniuria liberos reddamus, quia fatemur causam impulsiuam necessariæ institutionis, uel exhæredationis suorum fuisse, ut filij, & sui ab iniuria uendicarentur, sed postquam eam ob causam est inducta talis forma testamēti licet cesset iniuria, ideo cessat inualiditas testamenti, cuius forma non est seruata, de qua in l. inter cætera infra

657 eodem, præterea dicimus pręteritionem ipsā simpliciter iniuriam, & ignominiam esse, ut colligitur ex Theophilo in prin. instit. de exhęred. liber. quatenus sz. priuat titulo institutionis, qui honorabilis est § aliud quoq; capitulum in eodem auth. ut cum de appell. cogn. & dictus §. hæc autem, dum meminit de iniuria testamentorum, intelligit de pręteritione ipsa, & quando paullo infra inquit, liberis iniuriam pręteritionis, & exhæredationis auferre, debet exponi idest pręteritionē, quæ est iniuria, aufer

658 re, si enim per iniuriam in proposito malam mentem parentis, uel damnum intelligeremus, ubi quis titulo legati, cū plures, filios haberet maiorem partem hæreditatis uni ex filijs pręterito reliquisset, testamentum ualeret, quod est contra dictum §. aliud quoq; capitulum, &

illud

de lege Velleia, & quem admodum hæc opinio duplex continet caput repræhensionis, ita duplici probatur argumento.

666 Primum igitur probant Gallum in repræhensionem incidisse in conceptione suæ formulæ superfluitatis nomine per tex. in §. quidam rectè infra eadem lege nostra, vbi inquit, Scæuola, quidam rectè admittendum credunt, etiam si non exprimat de morte filij, sed simpliciter instituat, vt eò casu valeat, qui ex verbis concipi possit, potest ergò hic tex. ita induci ille dicitur repræhensibilis superfluitatis nomine, & tamquam verbosus, qui pluribus vtitur verbis, quàm necesse sit instit. in prin. quod cū eo
667 quique exprimit, quod tacitè in est, cùm talis
668 expressio nihil operetur l. 3. de legat primo, cùmq; quod paucioribus fieri potest, non debeat fieri per plura l. ampliorem §. in refutatorijs C. de appell. tradit Castr. & Rom. in dicto §. quidam rectè infra eadem lege Bal. in l. fin. C. de opt. presertim quando versamur in tra-
669 ditione alicuius formulæ vel regulæ, vt Gallus hic, debet. n. à regula, cuius proprium est, vt sit breuis quædam ordinatio l. 1. infra de regul. iur. tradit Bal. in dicto §. quidam rectè nu. 6. in tertia oppositione, abesse omnis verbositas, at Gallus in sua formula vsus est pluribus verbis, quàm fuerit necesse, cùm expresserit conditionem de morte filij, quæ poterat omitti, idem enim erat dicere filius hæres esto, qui mihi ex filio nepos post mortem meam nascetur, heres esto, ita vt talis expressio eius quod tacitè inerat nihil operetur, vt constat apertissimè ex dicto §. quidam rectè, igitur Gallus in suæ formulæ conceptione, tamquam verbosus, & superfluus in repræhensionem incidit, & iure optimo hoc nomine à Scæuola in dicto §. quidam rectè repræhenditur.

670 Secundo autem loco probant eundem Gallum in eiusdem formulæ conceptione, tamquā mancum, & diminutum, pariter in repræhensionem incidisse, per tex. in §. idem Credendū, in §. & quid si tantum cū sequentibus infra hac eadem lege nostra, ita scilicet ratiocinando; ille dicitur repræhensibilis, tamquam mancus diminutus, & insufficiens, cuius prouisio, quia necessaria ommisserit, supplemento indiget, facit tex. in prin. inst. de bonorum poss. at Galli prouisio, tamquam ea, quæ non nulla necessaria ommisit, indiguit supplemento in pluribus capitibus, vt mox probabitur, igitur Gallus, defectus, & insufficientiæ nomine, in suæ formulę conceptione, in repræhensionem, incidit; probatur minor in §. §. adductis, in quibus Scæuola supplet defectum Galli, qui nihil in formula dixit de pronepote posthumo, qui tamē eodem modo potest institui, si post mortem proaui nascatur, mortuo scilicet patre, & auo, proauo viuente, vt dicitur in dicto § idem credendum, eodem quoq; modo omisit in formula Gallus casum, vbi viuo auo filius emanciparetur, vel alia ratione exiret, de patria potestate, ita vt post mortem aui nepos posthumus suus nasceretur, & tamen ad similitudinem mortis naturalis institui potest, dicto §. & quid si tantum, per quem supplet Scæuola in hac parte defectum Galli, quemadmodum etiam in alijs casibus omisis in sequentibus §. §. constat ergò, & repræhensibilem esse, & iure repræhensum esse Gallum a Scæuola, tamquam diminutum, & mancum, nec dicas fieri non posse, vt vno, & eodem tempore, in eadem formulæ conceptione reprehendatur Gallus, & defectus, & superfluitatis nomine, cum hæc sint pugnantia, argumento l. vbi repugnantia
671 infra de reg. iur. quia, vt dicit Bart. hic in vltima oppositione, sub nu. 10. non est inconueniens, vt eadem formula diuersis repectibus repræhendatur tamquam superflua, & tamquā insufficiens, cùm potuerint in ea aliqua non necessaria apponi, & quæ necessaria essent omitti.

Cęterum rationibus huiusmodi non obstātibus, non deferunt aliqui, qui Gallum Aquilium, virum grauissimum, & doctissimum à cōmunibus calumnijs vendicantes, opinati sunt dictis nominibus eum in repræhensionem non incidere, nec esse re verea à Scæuola dictis in locis repræhensum, & hanc sententiam acerrimè defendit inuehendo acriter in Galli calumniatores, Marius Salam. in dicto §. Quidè rectè sub nu. 7. in fine cum sequ. & ibi eamdem sententiam, quo ad caput superfluitatis, tenent etiam Imola Castr. Bart. Soc. & Fortun. Gatz. nu. primo, idem etiam tenuit Cum. quem refert ibi Lancell. Galiau, & eidem opinioni subscribit etiam ibi Soc. Iun. nu. 4. & Emil. Perot. n. 21. sequitur etiam ibi Duar. & Taurell. in dicto §. & quid si tantū, sequuntur etiam hic nō nulli, & presertim Ioan. Bolog. nu 162. & 165. & D. Spanoch. in vlt. part. num. 14. nec non Antoni. Faber. li 9. coniect. iur. ciuil. cap. 12. potest autem hæc quoq; opinio, quam ego veriorem esse arbitror duplici argumento facile comprobari, &c.

672 Primum, quo ad caput superfluitatis, & redundantiæ ita possumus argumentari, illius oratio redundantiæ, & superfluitatis vitio non dicitur

dicitur laborare, in qua nullum verbum est expressum, quod orationem ipsam in aliquo non adiuuet, vt docet Salam. in dicto §. quidam rectè nu. 12. ex Quintiliano in tropis lib. 8. c.
673 6. cui standum est tàmq; perito in arte verborum, argumento l. septimo mense, supra de statu hominum, sed talis est oratio, qua concepta est Galli formula, igitur vitio superfluitatis nõ laborat, minor probatur, quia satis adiuuat orationem, qua concepta est Galli formula, singula eius verba, cùm omnia, & singula tendant ad declarandum casum, in quo vult habere locum nepotis posthumi institutionem, ita vt nõ
674 tollatur omnis dubitatio, nisi singula ponantur, nec possint dici superflua, quæ ad tollēdam omnem dubitationem ponuntur l. quæ dubitationis infra de reg. iur. vt declarat Salam. hic nu. 12. Præterea, si rectè consideretur Galli formula, singula verba quib. concepta est, fuerunt necessaria etiã ea quæ exprimunt mortem filij, vt latè demonstrabimus in solutione cõtrariorũ.
675 Secundo pro hac opinione, quo ad caput in sufficientiæ, & defectus, ita possumus argumentari, non incidit in repræhensionem tanquam mancus, & insufficiens ille, ex cuius mente, quod verbis non est expræssum facilè per interpretationem colligitur, cùm non minus dicatur esse legitimum, seu ex lege, quod venit ex mente legis per interpretationem, quã quod verbis compræhensum est, tex. est in tit. instit.
676 de legitima patronorũ tutela, vbi DD. cùmq; uerbis ipsarum legum, non possint singuli casus in infinitum multiplicabiles comprændi l. non non in singulas supra de legib. at q; uerbis Gallus non expræssit in sua formula, facilè colligi potest ex mente, & re uera, colligitur à Scæuola per interpretationem, dum ipse extendit formulam eiusdem Galli ad Casus, qui verbis formulæ non expræssè compræhendebantur, ut patet ex § idem credendum infra eadem lege nostra, ubi inquit I. C. interpretando, non reprēhēdendo, idem credendum est Gallum existimasse, & de pronepote, igitur Gallus Aquilius, cõcipiendo formulam, de qua hic, non incidit in repræhensionem tanquàm mancus, & diminutus, nec à Scæuola repræhenditur, qui eius mentem interpretando extendit formulam ad casus non expressos, sed tacitè subintellectos.
677 Non obstant nunc contraria, & præsertim primum, quod superfluitatem respiciebat, quia in primis potest negari illa maior, quæ habet incidere in reprēhensionem superfluitatis nomine eum, qui pluribus utitur uerbis, quam sit necesse, contrarium. n. probatur in l. 1. infra de hęred. inst. ubi ad institutionem hęredis non sunt necessaria nisi hæc uerba, Lucius esto, uel Lucius hæres, melius tamen facit, & in repræhensionem superfluitatis nomine, non incidit, qui dicit Lucius Titius mihi hæres esto, nec dicas eorum expræssio, quæ tacitè insunt, cùm nihil operetur, fieri non debet, quia licet nihil operetur, quo ad uim, & esse dispositionis, operatur ad bene esse, l. stipulationes commodissimæ, infra de uerb. oblig. & ideo licet exprēssio non fiat de necessitate, fit tamen utiliter, & ad maiorem declarationem. ut docet Salam. in
678 dicto §. quidam rectè nu. 10. in fine cũ sequ. vbi osttendit utilem expræssionem esse quoddam medium inter exprēssionē necessariam, & superfluam, non tenet ergò sequela, non est expressio necessaria, ergo est superflua, cùm possit esse vtilis, & nihil uidetur esse impedimēto, quo minus sine reprēhēsione exprimi possit, quod nisi exprimeretur, subaudiretur, & perinde esset ac si fuisset expressum, cur enim, ut dicit Salam. in dicto §. quidam rectè num. 8.
679 quod in sensu esse debet, non potest esse in verbis? cùm uerba sint reperta, ut mentem, &
680 sensum significent l. labeo de supellect. legat. nec dicas quod potest fieri per pauciora nõ debet fieri per plura, quia hoc intelligitur quando per pauciora fit æque benè ut declarat Salam. in dicto §. quidam rectè nu. 11. sed nemo dixerit institutionem posthumi nepotis, secundum consilium Galli ęque bene fieri per conceptiones uerborum allatas per glosam ibi, quę non solùm sunt concise obscuræ, ita vt sine interpretatione, & subauditione non possint intelligi, sed etiam inneptę, ut optimè demonstrat Anton. Faber lib. 9. coniectur. iur. ciuil. cap. 12 Accedat quod potest etiam negari minor propositio eiusdem primę argumentationis, cùm omnino in formula Galli fuerit necessaria expressio, de morte filij, quandoquidem non potuisset Gallus qui primus docuit qua ratione posthumus nepos institui posset, sine tali expressione declarare casum, in quem deberet conferri institutio, & certè nisi ipse posuisset uerba de morte filij, si hodie fieret institutio filij, & posthumi nepotis simpliciter, non posset
681 ualere in casu exprēsso à Gallo, quandoquidem ubi deficit exemplar, non potest duci exēplum, facit glosa penultima in Can. si Romanorum 19. distinct. Angel. in l. si donatio C. de donat. licet ergò hodie in dispositione testatoris, non sint necessaria uerba formulę de morte filij, non ideò sequitur, ergò sunt superflua etiam in Galli formula, opus enim erat, ut per

aliqua

aliqua verba demonstraret Gallus, in quo casu institutio esset facienda, licet postea in testatorib. dispensatibus, sec ndū consilium Galli, sit per interpretationem admissum, vt possint simpliciter instituere posthumum nepotem nasciturum post mortem ipsorum, nulla facta si ij mentione, q o casu, habita ratione ad formulam Galli, perinde est, ac si de illius morte fuisset facta expressa mentio, cùm eo casu valeat, qui ex verbis, scilicet Galli concipi posset, quòd locum non haberet, nisi, quod non exprimitur à testatore, fuisset antea à Gallo expressum, quemadmodum cętera Notariorum

681 non comprehenderent multa, quæ ipsi ommittunt in clausulis instrumentorum, nisi ea ipsa, quæ notarij ommittunt, fuissent ab inuentoribus in suis clausulis, ad quas per illud cętera, se referunt, expressa, vt facit etiam in si.

683 mih. Scęuola in §. idem credendum, &

684 & alijs in locis huius legis nostræ. Animaduertendum, tamen est, post inuentam formulam a Gallo, testatores, licet non ita essent illius formulæ obstricti, vt eius verba præcisè sequi necesse haberent, & possent etiam non expresso casu mortis filij, nepotem posthumum instituere, debebat tamen, ex verbis eiusdem testatoris casus vtilis concipi posse, vt in interpretatione d. §. quidam rectè opportunius demonstrabimus.

684 Non obstant secundùm, quia negatur eius minor, falsum est enim Gallum omnimissse necessaria, & ideo indiguisse supplemento, cùm in §. idem credendum, & sequentibus, non suppleatur eius defectus, sed mentis suæ plenitudo recipiat interpretationem extensiuam, vt deduximus supra in secundò argumento, pro posteriore sententia, & patet ex dicto §. idem credendum, potius igitur reprehendenda est inconstantia calumniantium Gallum, quàm eiusdem Galli defectus, vel superfluitas, quandoquidem DD. ut obseruauit Salam. in dicto §. quidam rectè numero 8. in fine, ibi reprehendunt Gallum, quia expressit, quòd tacitè continebatur, sed in §. quid si tantum glos. sæbum iure à Scęuola reprehensum dicit, quòd casus de quibus disputat, idem Scęuola, Gallus non expressit, quamquàm ex mente contineri, fatetur, quæ dicta, quàm sint pugnantia inter se, nemo nō intelligit, non igitur sunt audienda d. l. vbi repugnantia.

685 Superest nunc, vt vltimum articulum paucis discutiamus, per quem dubitamus an hodiè Galli prouisio, & formula sit correcta, & reddita inanis per Iustiniani Constitutionem simpliciter admittentem, vt posthumus alienus possit institui,

686 Et in hac difficultate, prima facie videtur concludendum affirmatiuè per tex. in §. posthumo vers. sub certa, inst. de legat. iuncto princ. inst. de bonorum poss. quibus in locis Iustinianus profitetur generaliter emendasse, quæ de alieno posthumo antiquitus dicebantur per constitutionem in suo codice positam, per quàm huic parti mederi affirmat, non solùm in hæreditatibus, sed etiam in legatis, & fideicommissis, sed antiquitus ante Iustinianum inter alia, quæ obseruabantur in posthumo alieno, erat prouisio Galli, de qua in lege nostra, quæ ad hæreditatem illi relinquendā pertinebat, igitur hodiè tale consilium per nouissimam Iustiniani Constitutionem correctū, & redditum inane.

Hoc tamen argumento, non obstante, contrarium sentit Marius Salamanca hic in præludijs numero 46. & D. Spannoch: hic particula secunda numero 14. quàm sententiam, licet alij non tangant, verissimam esse arbitror.

Hac potissimum ratione. Si Galli prouisio esset omnino sublata, Ita vt hodiè ea vti non possemus, frustra, & perperam esset posita hæc lex in corpore iuris, sed hoc non est admittendum, cùm contrarium profiteatur Iust. in l. 2. C. de veter. iur. enuclean. & in prohemio institutionum §. cumq; hoc, igitur nec illud admittendum, vnde hoc sequitur, nec dicas hoc

687 factum esse, vt nihil antiquitatis ignoretur iuxta tex. in prin. instit. de testamentis, & in l. vnica in §. cum triplici C. de caduc. toll. quia hoc fieri non debet, quando ius antiquum, ita prolixum est, & ita difficile, vt ius legis nostræ, qua difficiliorem in vniuerso iure non reperiri testatur Accurs. in § fin. huius legis in glossa fin.

688 Nec obstat contrarium, quia in dictis iuribus Iust. per suam constitutionem non profitetur abrogasse omia iura lata ante ipsum circa posthumum alienum, sed iura impedientia ne tanquàm incerta persona institui posset, Gallus autem, tantum abest, vt impedierit, ut quinimmo adiuuauerit, sed quia ipse in aliquo tantùm casu adiuuabat, superuenit Iustinianus, qui non modo uoluit posse hunc posthumum sic institui, vt Gallus præscripsit, sed etiam simpliciter, non ideò tamen tollit, quin possit institui etiā secundum consilium Galli, quo casu necesse est, ad hoc ut succedat, ut purificentur illæ omnes conditiones in formula appositæ, quæ

inducunt plura requisita ad hoc vt locus sit eidem formulæ, vt mox latiùs, & dilucidiùs declarabimus.

689 Absolutis omnibus articulis, quos proposueram discutiendos occasione Aquilianæ formulæ, quam secundo loco, quasi conclusionem quamdam adnotatione dignam, ex principio legis nostræ colligebamus, ordo propositus postulat, vt aliqua obseruatione digna ex eadem formula colligamus, & presertim requisita ad hoc, vt eidem formulæ sit locus, & licet vsq; ad octo requisita colligat D. Spannochi hic part. vltima numero 23. ego pauciora colligam, verbis formulæ inhærendo vnà cum Salam. hic nu. 13.

Tertiò igitur loco principaliter ex tex. nostro colligo necessarium esse ad hoc vt testamentum fiat ex consilio Galli, vt tempore conditi testamenti viuat testatoris filius, nepotis posthumi pater, alioquin n. nepos, alienus posthumus non esset.

690 Quartò colligo, necessarium esse, vt talis filius post conditum testamentum, viuo testatore patre, naturaliter, vel ciuiliter moriatur.

691 Quinto colligo necessarium esse, vt nepos nascatur post mortem testatoris.

Verùm, quia supra hæc conclusio videri posset dubia, ex eo, quia videbatur Galli prouisio trahenda etiam ad casum, vbi nepos nasceretur eodem auo viuente, cùm alias varias patiatur extensiones, vt patet in §. idem credendum, & in §. & quid si tantum cum sequentibus, infra hac eadem lege nostra, qua ex re consequitur, vt parum necessaria videri possit prouisio legis Velleiæ, quatenus in primo suo capite disposuit, vt posset eodem modo institui posthumus nepos, casu quo suus, viuo auo, mortuo patre nasceretur, idcircò, occasione huius requisiti, & quintæ conclusionis ex tex. nostro elicitæ, de duobus opportunè contingit dubitari, duos ergò opportunos propono discutiendos articulos.

Primus est, an prouisio legis Velleiæ fuerit superflua.

Secundùs, an hodiè, vbi quis instituat posthumum si post mortem suam nascatur, intelligatur eundem etiam instituisse, si nascatur post conditum testamentum, testatore ipso viuente.

692 Quod attinet ad primam dubitationem, antequàm veniamus ad disputationem ipsam, pro intelligentia terminorum, altius repetendo materiam, meminisse oportet olim, vel lege 12. tabularum cautum fuisse, ne alieni posthumi instituerentur, vt dicit expressè Theophilus in princ. instit. de bonorum possess. vel latissimam eiusdem legis 12. tabularum legandi facultatem, interpretatione, & auctoritate prudentum in hac quoq; parte coangustatam fuisse, vt colligitur ex tex. in l. verbis legis de verb. significatione, quatenus scilicet, media iuris prudentia, regulam inducendo, ne personis incertis hæreditates, aut legata relinquerentur §. incertis instit. de legat. fuit in causa, vt posthumis quoq; alienis, quos personis incertis esse similes testatur Theophilus in §. posthumo instit. de legat. inutiliter legaretur, & hæreditates inutiliter relinquerentur, vt magis
693 placet Lelio Taurel. hic in præludijs; quicquid sit, posthumos huiusmodi alienos, iure ciuili incognitos, cœpit deinde cognoscere ius prætorium, quod quidem eos instituros ad bonorum possessionem secundum tabulas admisit, vbi sui, scilicet, nascerentur, vt constat ex dicto principio instit. de bon. possess. & docet Marius Salam. hic in euidentialibus numero
694 46. tertio autê loco principaliter superuenit Gallus, qui quidem interpretando, & cauendo, subtilitate potius quàm auctoritate, vt inquit Ant. Faber in dicto cap. 12. inuenit rationem instituendi posthumi nepotis, quæ prorsus ignorabatur, & sic induxit, vt posthumus alienus, qui secundum legem 12. tabularum, vel secundum mediam iuris prudentiam, non poterat simpliciter institui, ex mente eiusdem legis prohibentis, rectè posset saltem institui sub conditione, facta institutionis collatione in tempus, quo suus nasceretur, ita vt ex eo tantùm tempore institutus videretur, cuius consilio, & autoritate obtinuit eo modo, legitimos etiam fieri posse hæredes alienos posthumos, absq; eo quòd ad beneficium prætoris recurrerent, vt constat ex lege penultima infra de legat. primo, quam ita esse intelligendam supra docuimus iuncta l. nostra hic in
695 prin. Verùm quia Gallus prouidebat dumtaxat, vbi posthumus alienus nasceretur suus post mortem testatoris, ideò superuenit deinde l. Iunia Velleia, quæ admisit posse etiam institui posthumos alienos, si nascerentur post mortem patris, viuo auo testatore, ne testamentum eo casu nascendo, cui non prouidit Gallus, rumperent, & hæc fuit dispositio primi capitis legis Velleiæ, de quo in §. nunc de lege Velleia infra hac eadem lege nostra. Cete-
696 rum, quia quanq̃ nepos natus etiâ erat tēpore quo auus condebat testamentum, institui tamē non

non poterat, quia quasi posthumus alienus esset etiam incertus, cùm posset qualitatē suitatis suscipere, si ante mortem aui tolleretur de medio ipsius pater, vel non suscipere, si pater tempore mortis aui testatoris viueret, vbi suus efficiebatur, & agnascebatur auo, rumpebat eiusdem aui testamentum, cùm se præteritum reperiret, quapropter cùm nec Gallus prouidisset, nec primum caput legis Velleiæ, vt talis nepos posset aliquo modo institui, ne testamentum rumpe-
697 ret, secundo legis Velleię capite, dispositum fuit, vt casu, quo suus efficeretur mortuo patre, viuo auo, institui posset, vt in § etiam si parente infra hac eadem lege nostra, tex. est in l. posthumorum infra titulo proximo, & in §. posthumorum infra de exhæredatione liber. verū quia dabatur etiam casus, vt nepos quandoq; nasceretur viuo patre, & auo post conditum testamentum, & sublato deinde de medio patre efficiebatur suus, & rumpebat testamentum,
698 si se præteritum reperiebat, idcircò Iulianus interpretatus est ex mente legis Velleiæ, quasi hic casus de vtroq; capite participaret, de primo, scilicet, quia nasceretur post conditum testamen tum viuo auo, de secundo quia viuo eodem auo in locum patris succedendo eidem agnasceretur, vt posset institui in casum quo suus in locum patris succedendo efficeretur, vt latius docebimus explicando legem ipsam, quatenus ergò dubitamus in proposito an lex Velleia sit superflua intelligimus, quo ad primum caput tantummodo, quia, scilicet institutio nepotis facta ex consilio Galli, si post mortem aui nasceretur, posset etiam trahi ad casum, quo viuo auo post mortem patris natus esset.

In hac igitur difficultate, prima facie videtur respondendum prouisionem legis Velleiæ, quo ad primum caput fuisse omnino superfluam, & perperam rogatam, id quod potest ad mentem Bart. vnico potissimum probari argumento.

699 Quod est huiusmodi, tunc demum legis Velleię dispositio non esset supervacanea in d. capite, vbi formula Galli non potuisset sine lege trahi, & extendi etiam ad casum vbi posthumus nepos nasceretur viuente auo, sed ad hunc casum trahi, & extendi facilè poterat Galli formula, igitur perperam fuit rogata lex Velleia, quo ad primum caput; minor probatur, & rationibus, & iure, primum quidem ratione ad mentem Soc. hic num. 3. & Ioan. Bologn. nu. 157. quoniam lex limitans in vno casu ex identitate rationis trahitur etiam ad alium l. filium habeo ff. ad Macedon. notatur in autentica quas actiones C. de Sacr. Sanct. Eccles. tradit Bal. ad l. maximum vitium C. de liber. præter. sed Galli formula, limitat ius antiquum, prohibens institui posthumos alienos in vno casu, vbi, scilicet, idem posthumus nepos mortuo patre nascatur post mortem aui testatoris, quod factum est sine dubio ratione conseruationis
700 ipsius testamenti, quæ respicit publicam vtilitatem l. vel necare infra quemadmodum testamenta aperiantur, quæ quidem ratio viget etiā in nepote nascituro post mortem patris, viuente auo testatore, cùm eo quoq; casu, nascens rumpat testamentum, nisi institutus sit, igitur talis formula Galli sine legis Velleiæ dispositione, poterat trahi, & extendi ad casum, in quo idem posthumus nepos, viuente auo, suus nasceretur.

701 Præterea, & secundo probatur etiam ratione dicta minor, ad mentem Bart. hic numero 7. in supra oppositione: quia in materia substitutionum prouisio facta in vno casu, se extendit etiam ad alium, at per formulam Galli fit substitutio, per quam prouidetur ne rumpatur natiuitate posthumi testamentum, vbi, scilicet, nascatur post mortem testatoris, ergò debet extendi etiam ad alium casum, vbi eo viuo nascatur, minorem autem huius rationis probat Bart. per tex. in l. iam hoc iure de vulg. & pupill. vbi inquit tex. iam hoc iure vtimur, ex Diui Marci, & Veri constitutione, vt cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in vtrunq; casum substituisse intelligatur, siuè filius hæres non extiterit, siuè extiterit, & & impubes decesserit, cum quo tex. consentit etiam lex hæreditatem, & l. quamuis C. de impub. & alijs substit. necnon l. fin. C. de institutionib. & substitut. in quibus pariter habetur vulgarem continere tacitam pupillarem, & contra, corroboratur hoc Bart. argumentum ex eo, quia in propria materia prouisionis Galli passa est eius formula interpretationem extensiuam ad plures casus in ea non expressos, vt constat in §. & primo, cum sequenti, & in §. quid si tantum, cùm se sequenti, infra hac
702 eadem lege nostra, probatur eadem minor etiam iure, nempe per tex. in l. fin. C. de posthum. hæred. instit. vbi expræsse decidit imperator, siquis instituat filium, vel filiam nascituros post mortem suam, intra decem mensium spatium, intelligi etiam institutos, qui ante mortem testatoris nascuntur, & sic expræssè casus, si quis nascatur post mortem, trahitur etiam ad casum, vbi quis nascatur in vita.

Hac tamen ratione, quamquàm vrgentiſſima, minimè, obſtante, in contrarium eſt veritas, quia diſpoſitio legis Velleiæ non fuit ſuperuacanea, & ſine cauſa introducta, ſed neceſſaria ratione, vt ſentiunt DD. omnes poſt Bart. hic nu. 8. & preſertim Bart. Soc. nu. 3. Marian. Soc. nu. 47. & Ioan. Bologn. num. 157. ita vt de hoc non fuerit niſi per uiam oppoſitionis dubitandum gratia facilioris doctrinæ, & clarioris, oppoſita. n. iuxta ſe poſita magis elucceſcunt, vt poſt Ariſtot. lib. 1. Elec. c. vltimo tradit Bart. ad l. 1. ff. de ijs, qui ſunt ſui vel alien. iur. & ibi Bal. nu. 4. probatur autem hæc veritas vnica ratione, quę eſt huiuſmodi.

703 Tunc demum fuiſſet ſuperuacanea legis Velleię diſpoſitio, ſi formula Galli, loquens de nepote poſthumo naſcituro poſt mortem teſtatoris, potuiſſet trahi, & extendi ad natos eodem teſtatore auo viuente, At ad natos teſtatore viuente non poterat trahi, & extendi, igitur legis Velleię diſpoſitio, ne rumperent teſtamenta poſthumi nepotes, qui viuente auo per natiuitatem agnaſcerētur, fuit omnino opportuna, & neceſſaria: probatur minor per tex. expræſſum in l. cōmodiſſimè ſupra eodem, vbi cauetur, vt inſtitutio poſthumi naſcituri poſt mortem teſtatoris, non trahatur ad eum, qui in vita eiuſdem teſtatoris naſcatur (inquit. n. tex.) commodiſimè is, qui nondum natus eſt, ita hęres inſtituitur, ſiuè viuo me, ſiuè mortuo natus fuerit, hæres eſto, aut etiam purè neutrius temporis habita ratione, ſi alteruter caſus omiſſus fuerit, eo caſu, qui ommiſſus ſit, natus, rumpit teſtamentum, quia hic filius, ne ſub conditione, quidem ſcriptus hæres intelligitur, qui in hunc caſum naſcitur, qui non eſt teſtamento comprehenſus, ergò eo caſu, ſi naſcatur viuo teſtatore, qui non eſt comprehenſus per formulam Galli, cenſebatur, & erat re vera præteritus, & conſequenter rumpebat teſtamentum, & ideò neceſſarium fuit, vt prouiſio legis Velleię huic caſui

704 occurreret, eadem quoq; minor probatur autoritate Pauli lib. 3. recept. ſentent. tit. 4. circa finem, vbi dicit, talis eſt poſthumorum inſtitutio, qui poſt mortem meam poſthumi nati fuerint hæredes mihi eſtote, ſi viuo eo naſcantur, rumpunt teſtamentum, & ideò ibi notat Cuia. inſtitutum ex iure antiquo, non videri inſtitutum ex lege Velleia, & è contra inſtitutum ex lege Velleia, nō videri inſtitutum ex iure antiquo, idem quoq; probatur in l. ſi pater filium infra de vulg. & pupil. vbi ſi pater ſcribat heredem filium impuberem, & ei ſubſtituat ſiquis ſibi naſcatur poſt mortem, deinde eodem filio viuente poſthumus teſtatoris filius, & impuberis inſtituti frater naſcatur, rumpit teſtamentum, quia, ſcilicet, caſus ſi naſcatur poſt mortem fratris, non trahitur ad caſum ſi naſcatur eo viuente.

705 Non obſtat nunc contrarium, quia falſum eſt potuiſſe inſtitutionem poſthumi nepotis, ſecundum conſilium Galli trahi ad caſum, vbi naſceretur uiuo auo, cùm contrarium ſit probatum modò pluribus, iuribus expræſſis, nec dicas vigere eandem rationem in vtroq; caſu, quia

706 hoc quoq; falſum eſſe docent Soc. & Bolog. hic in locis præallegatis, vbi enim uiuo teſtatore naſcitur nepos poſt mortem ſui patris, cùm rumpat teſtamentum, poteſt teſtator iterum teſtari, ſecus autem ſi naſcatur poſt mortem eiuſdem aui teſtatoris, quo tempore adimitur ſibi facultas amplius teſtandi, ita ut prouidere non poſſit, & ideò Gallus putauit ſibi faciendum, vt cauendo limitaret antiquam regulam prohibentem inſtituere poſthumos alienos, dùmtaxat in caſu, in quo teſtator non poterat alio modo prouidere, ſecus autem in caſu vbi ipſe, anteaq; moreretur, poterat rupto primo teſtamento iterum teſtando ſibi prouidere, & hanc fuiſſe rationem videtur colligi ex l. tractabatur infra de milit. teſtamento, & ex l. penultima infra titulo proximo iuncta l. quidam teſtamento proculum infra de vulg. & pupill. & hanc eandem ra-

707 tionem probant etiam Aret. & Alex. hic, nec dicas etiam quando naſcebatur poſthumus alienus poſt mortem poterat prouidere teſtator, propterea quòd mortuo filio in vita ipſius, vt ſupponendum eſt, cùm animaduertere poſſet nepotem poſthumum naſciturum ſuum, debebat illum inſtituere, quod facere ſine difficultate poterat, cùm eſſet effectus poſthumus ſuus, ſublato de medio ipſius patre, nam reſpondeo vna cū Ioan. Bolog. hic nu. 157. quia tūc neceſſe eſt modicum tempus dari, inter filij interitum, & mortē teſtatoris, cùmq; adhuc certū nō ſit, an dictus nepos ſit naſciturus, excuſatione dignum eſſe, ſi, non rupto ad huc primo teſtamento, non prouideat ſibi de ſecundo, nec obſtat ſecun-

708 da probatio, quam Bart. petebat a materia ſubſtitutionum, quia illa maior, quæ habet in materia ſubſtitutionum, prouiſio facta in vno caſu ſe extendit ad alium, procedit vbi poteſt conſiderari ſimilitudo caſuum per identitatem rationis, quæ non eſt in propoſito, vt ſupra deduximus, præterea limitatur vt procedat, vbi diſponens habet facultatē prouidendi in vtroq; caſu, vt conſiderat Bart. & ita loquuntur iura per eum allegata, ſecus vbi teſtator non poteſt de vtroq;

de utroq; casu disponere, vt in casu nostro, etenim ante dispositionem legis Velleiæ, testator non poterat prouidere instituendo posthumũ alienum, nisi in solo casu à Gallo considerato, vbi scilicet nasceretur post mortem testatoris, in alijs autem casibus obseruabatur antiqua regula, quæ nolebant posthumos alienos institui,
709 nec dicas cum Soc. iun. hic nu. 46. hanc Bart. responsionem non tollere difficultatem quo ad prouisionem Galli, nàm, si supponimus Gallum noluisse per suam formulam prouidere, nisi in casu, vbi posthumus post mortem testatatoris nasceretur, certum est testatorem in alium casum non posse prouidere, sed nos dubitamus, an Gallus potuerit prouidere in vtroq; casu, & cùm potuerit, vt videtur probabilius, cur prouisio ab eo, in vno casu facta non extendatur ad alium, nàm respondeo tuendo Bart. nec Gallum potuisse, vt tradũt Doctores, & in primis Duaren. ad §. nunc de lege velleia, infra hac eadem lege nostra, vbi ego, vltra alios nouam reddam rationem cur Gallus Aquilius non potuerit cauendo prouidere, vt testator posset nepotem, qui post mortem filij se uiuo nasceretur, instituere, quemadmodum prouidit, vt mortuo filio se uiuente, nepotem post mortem suã nasciturum instituere posset; sed nunc possu-
710 mus secundo loco ēt respondere, ad mentem eiusdem Bart. limitando eandem maiorem in materia substitutionum, vt procedat, vbi casus variatur respectu personę, cui fit substitutio, secus autem respectu substituti, & ita procedunt iura allegata, si enim substituitur filio si hæres non erit, extenditur talis substitutio etiã ad casum vbi filius hæres fit, & decedat in pupillari ætate, & e contra, propterea quòd variatio casus contingit circa personam eius, cui substituitur, idem etiam est, si ego substituo filio meo instituto, nepotem ex eo nasciturum, si idem filius me viuo moriatur, extenditur etiam ad casum, vbi me viuo fuerit emancipatus, vel vbi, ei aqua, & igni fuerit interdictum iuxta §. & quid si tantum, infra eadem lege, quia semper contingit variatio casuum similium, respectu personæ eius, cui substituitur, quæ vno casu naturaliter, alio ciuiliter moriatur, quod nõ est in casu nostro, vbi variatur persona, quæ sub
711 stituitur, vt patet. tertio etiam vltra Bart. & alios, possumus dicere illam maiorem habere locum in casibus quorum variatio potest contingere, & plerumq; contingit post mortem testatoris, quando ipsa non potest amplius prouidere, secus in casu nostro, vbi variatio casuũ contingit eo viuente, quando ipse potest prouidere, & ideò, cũ possit dari hominis prouisio per expressam ipsius dispositionẽ, cessat prouisio legis per viam extensionis, nec obstat d. l. fin. C. de posthu. hered. instit. quia uel continet ius nouum corrigens antiquum ius, quod institutum, si nasceretur post mortem testatoris non admittebat, ubi natus fuisset eo uiuo, ut constat in d. l. Commodissimè supra eodem, uel procedit in diuersis terminis, tam à dicta l. commodissimè, quã à principio legis nostræ, ut mox in sequenti art. docebimus.

712 Succedit modò secundus articulus, utrum scilicet hodiè, stante dispositione legis Velleiæ, & postea Iust. constitutione, ut omnes nepotes posthumi, tàm nati in uita, quàm post mortem aui possent æqualiter hæredes institui, si testator instituat sibi nasciturum post mortem, extendatur eadem institutio ad nasciturum in uita, & econtra.

In hac igitur disquisitione, cuius termini sũt notissimi repetiuntur pugnantes interpretum sententiæ, quarum altera est existimantium hodiè ubi cunq; aliquis instituerit filium, uel nepotem, si sibi post mortem nascatur, intelligendũ esse, ut eundem instituerit si se uiuo post testamentum conditum nasceretur, & hanc sententiam firmat Bal. hic nu. 7. uers. 2. facta substitutione, & in fortioribus terminis Fortun. Garz. hic nu. 100. & D. Spanocch. in Rub. supra eod. pat. 11. nu. 27. & hic part. ult. nu. 17. eandem quoq; opinionem amplectitur Fran. Hotom. in l. Commodissimè supra eodem, & Iac. Cuia. lib. 3. recep. sent. paul. t. C. titulo 4. circa finem, sequuntur etiam alij, &, ommissis pluribus adductis per Fortun. Garz. hic, quæ tendunt ad probandum etiam ante legem Velleiam, vbi posthumus fuisset institutus, si natus fuerit in decem mensibus post mortem testatoris, debuisse etiam succedere, quasi vocatum, si natus fuisset eodem testatore viuente, quæ sententia certe falsa est, tùm ex ijs, quæ tradit Soc. iun. hic nu. 47. tùm etiam ex alijs, redditur probabilis hæc opinio, & ratione, & lege.
713 Primum igitur probatur hæc opinio ratione, quia, in dubio, illa debet admitti interpretatio, per quam vltima voluntas plenìorem recipit interpretationem, & magis consonantem menti testatoris, quę est, vti lex obseruanda in vltimis voluntatibus, reluctantibus etiam verbis, §. disponat, in aut. de nupt. l. in conditionibus ff. de condit. & demon. & quę fauet magis ualiditati ipsius testamenti l. Quoties de rebus dubijs, l. in testamentis de regu. iur. c. fin. extra eodem, cùm eius conseruatio publicũ respiciat

respiciat utilitatem l. uel necare infra quemadmodum testamenta aperiantur, sed hęc interpretatio, vt institutus, si post mortem testatoris nascatur, censeatur etiam institutus si nascatur viuo testatore, pleniùs explicat testatoris mentem, quæ ad filium nasciturum dirigitur, & magis fauet validitati ipsius testamenti adiuuans testatoris voluntatem, quem verisimile est dictam conditionem apposuisse, non vt prę teriret, aut excluderet filios, vel nepotes se viuente nascituros, quos instituere, vel substituere hodiè ex primo capite legis Velleiæ, & ex Iustin. constitutione sine dubio potest, sed potius quia crederet, cùm testaretur, se moriturum antea, quàm filij sibi nascerentur, vel nepotes, ergò hæc hodiè interpretatio admittenda est, vt instituens filium, vel nepotem, si nascatur sibi post mortem, intelligatur etiam instituisse, si se
714 viuo nascatur: corroboratur argumentum ex sententia [redacted] in dicta l. commodissimè, quia cùm pura conceptio, vbi scilicet neutrius temporis mentio habita est, valeat, non videtur superuacanea adiectio conditionis, si post mortem nascatur, nocere, per regulam quæ habet, vtile per inutile non vitiatur l. si à reo §. 1. ff. de fideiuss. l. siquis argentum §. sed in his omnibus C. de donationis.

715 Secundo probatur hæc sententia etiam lege, nẽpe per tex. in l. fin. C. de posthu. hæred. instit. vbi in terminis videtur decidi præsens dubitatio, quandòquidem ibi, cùm quidam testamentum faciebat his verbis, inquit tex. usus est, si filius, vel filia infra decem mensium spatium post mortem meam editi fuerint, hæredes sunto, vel ita dixit, filius, vel filia, qui intra decem menses proximos mortis meæ nascentur, hæredes sunto, si nascãtur ante mortem testatoris, non rumpunt testamentum, quia non sunt præteriti, suboritur igitur ex hac lege efficax huiusmodi argumentum, si postumi sub ea conditione instituti, si post mortem testatoris nascerentur, non censerentur etiam instituti si nascerentur, eo uiuo, certè, ubi eodem auo uiuo nascerentur, tamquàm eo casu præteriti, rũperent testementum, at non rumpunt, ut constat ex dicta l. fin. igitur instituti in casu, ubi nascantur post mortem testatoris, censentur etiã instituti, si nascantur eo uiuo, cũ hodiè utroq; casu, posthumi etiam alieni nascituri sui, siue non sui institui possint, iàm per legem Velleiã, si sui nascantur, quàm per Iust. constitutionem, quomodocumq; nascantur.

His tamen argumentis non obstantibus, in contrariam opinionem iuit Bar. hic nu. 9. quẽ sequuntur DD. communiter, & præsertim Soc. Iun. hic nu. 48. & Ioan. Bologn. nu. 159. & uterq; eorum dictis in locis testatur hanc Bart. sententiam communem esse, & hæc quoq; cõmunis sententia, & ratione, & iuris auctoritate facile comprobari potest.

716 Primum igitur potest ratione comprobari ex sententia Soc. iun. hic, quia, si hodiè ubi posthumus nepos esset substitutus, si nasceretur post mortem aui, secundum Galli formulam, intelligeretur etiam substitutus ubi nasceretur eodem auo uiuente, sequeretur, ut conditio uoluntaria non debetet impleri in forma specifica sed posset purificari per æquipollens, sed hoc consequens, est falsum l. Qui hæredi, & l. maiius de condit. & demon. est doctrina Bart. in §. & quid si tantum, infra eadem lege, quam sequitur, & testatur communem esse ibi Ias. nu. 18. & nu. 31. ergò falsum est etiam illud unde
717 hoc sequitur, Conditionem autẽ hanc si nascatur post mortem meam infra decimum mẽsem esse uoluntariam probatur, quia secundum legẽ Velleiam potest etiam institui, si uiuo testatore nascatur, § nunc de lege Velleia infra hac eadem lege nostra & ex constitutione Iust. potest indistinctè, & purè institui posthumus alienus, inst. in prin. de bonorum poss.

718 Secundo hæc eadem opinio comunis, & uera probatur etiam iuris autoritate, nempe per tex. in §. si pater filium, infra de uulg. & pupill. per tex. in l. commodissimè, supra hoc eodem tit. nostro, cum quibus concordat Pauli I.C. autoritas lib. 3. recept. sent. tit. quarto, quibus ex locis, & præsertim ex dicta l. commodissimè ad mentem Soc. Iun. hic nu. 48. preterquàm quod uidetur probare in terminis, urgens hoc fluit argumentum, si posthumus nepos institutus sub conditione, si post mortem testatoris nasceretur, institutus intelligeretur etiam ubi nasceretur eo uiuo, sequeretur ut instituto uno sub conditione esset institutus alter quoq, qui nec purè, nec sub conditione esset testamentò compræhensus, sed hoc manifeste falsum est, ergò & ilud unde hoc sequitur, minor probatur optimè per dictam l. commodissime, quæ reddens rationem, cur ubi institutus est filius si nascatur post mortem non intelligatur institutus si nascatur in uita patris, inquit, quia hic filius, nec sub conditione quidem scriptus hæres intelligitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento compræhensus, nec dicas d. l. procedere post prohibitionem Galli, ante legem Velleiam, & ante Iust. constitutionem, quo tempore non licebat instituere

posthumos

posthumos, nisi casu quo nasceretur post mortem testatoris, quia dicta l. non loquitur de posthumo Galli, qui non poterat institui, nisi secundum formulam eiusdem Galli, quia erat alienus, sed loquitur de suo posthumo, ideò exemplum affert de filio, & non de nepote, & sic de posthumo certo, qui poterat indistinctè institui, siue nasceretur post mortem testatoris siuè antea, & ideò supponit ibi I. C. vtroq; casu valere institutionem, si vterq; casus sit expressus, quia, scilicet, sit dictum siuè viuo me, siuè mortuo natus fuerit, hæres esto, immò etiam quando pure instituebatur, neutrius temporis habita mentione, intelligebatur vtroq; casu institutus, vrget ergò, vehementissimè secundum hodierna etiam tempora, ille tex. propterea quòd, licet posthumus alienus possit hodie indistinctè institui, siue nascatur post mortem, aut siue eo viuo, tamen institutus, vel substitutus in alterum casum non intelligetur vocatus si in eum casum nascatur, qui non est testamento compræhensus.

719 Non obstant nunc contraria, & præsertim primum argumentum, quia vera est illius maior, vbi constat de uoluntate testatoris, sed in proposito nostro, non constat de testatoris uoluntate, ut sz. instituendo in unū casū uoluerit & in alterū instituere, cùm de hoc potissimùm dubitemus, idcircò non potest aliquid fieri in dicta generali ratione fundamentū, nec fit interpretatio ad fauorē testamēti, ubi filius in aliquo casu sit præteritus, cùm iura maximè abhorreant à filiorū præteritione, vt sentit etiā Hotom. in d. l. commodissimè, ita vt, si filio, vel alijs liberis suis expediat testamentum rumpi, magis liberis fauendum sit, quàm testamento, cuius fauor à liberorum fauore sit separatus, vt latius etiam supra ad aliud propositum tradidimus.

720 Non obstat secundum de dicta l. fin. C. eodem, quia licet Bald. Cuia. Hot. & alij sentiant per dictā legem corrigi l. commodissimè supra eodem, & alia iura st. similia, tamen, re vera, alio modo conciliari potest, cum lege commodissimè, ex sententia Christophori de Castellione, & Cornei in d. l. fin. etenim in dicta l. fin. non simpliciter erant posthumi instituti sub conditione, si post mortem testatoris nascerentur, sed si infra spacium decem mensium post mortem testatoris nascerentur, quapropter illa verba, post mortem, non sunt apposita tanq; pars conditionis apposite in dicta institutione, sed tanquā terminus à quo incipienda est ratio decē mensium, vltra quem, si sibi nascantur, filij, non vult eos institutos esse, cum inlegitimi, & non sui esse præsumantur l. in testamento §. fin. infra de suis & legit. talis ergò adiectio excludit nascituros ultra decem menses, post mortem testatoris, non autem eos, qui testatore viuo nascerentur, de quibus verum est affirmare non esse natos vltra decimum mensem post mortē testatoris, & ideo ibi dicta institutio trahitur etiam ad casum vbi posthumi instituti viuo etiam patre testatore nascātur, verum dixeris tu, hic intellectus repugnat manifestè huic prin. legis nostræ, vbi fuerat institutus similiter nepos, si infra spatium decem mensium post mortem testatoris nasceretur, & tamen talis institutio, seu substitutio non trahebatur ad casum vbi idem nepos viuo testatore natus fuisset ante prouisionem primi capitis legis Velleiæ, vt constat ex precedenti art. ad quod respondeo, longe diuersos esse terminos legis nostræ, vbi sub duplici conditione erat institutus dictus nepos, quarum altera erat si viuo auo moreretur filius, & ex eo in decē mensibus proximis, quibus filius mortuus esset, nasceretur, & sic terminus à quo erat incunda ratio decem mensium erat mors filij testatoris patris nepotis substituti, altera autem erat conditio seiuncta à prima si nasceretur post mortem testatoris, quæ conditio, nisi excluderet casum, ubi nasceretur se viuo, nihil prorsus operaretur, cum non possit considerari, vt terminus à quo fiat computatio decem mensium, & hunc puto verissimum esse intellectum, quem sensit Christophor. de Castell. Fulgos. & Cum. quem referunt omnes hic, & presertim Ias. nu. 56. & in d. l. commodissimè nu. 8. qui eundem intellectum ibi probat, eodem quoq; modo intellexit Corn. in d. l. fin. est enim eius intellectus melius explicatus, quam à Christoph. de Castell. sed quo ad sententiam quicquid dicat Soc. iun. hic nu. 49. non est diuersus, & hunc eundem intellectum secundum Cornei explicationem sequitur etiā in dicto loco Soc. iun. & Fort. Garzias hic nu. 103. nec non Ant. Gou. lib. secundò variarum lectionum c. 7. non puto ergò, ab eo recedendum, & temere admittendam esse iurium antiquorum correctionem.

721 Verùm, vt plenius explicetur generalis hæc quæstio, an, & quando institutus, si nascatur post mortem, censeatur etiam institutus, si viuo parente nascatur, altius repetendo materiam, ita distinguendum est, & hac distinctione facile contraria omnia in hoc materia conciliantur.

722 Aut ita instituitur quis, si nascatur post mortem alicuius, nulla habita mentione tempo

ris infra quod post mortem nasci debeat: Aut
si nascatur post mortem infra aliquod certum
tempus. Primò casu, aut conditio mortis respi-
cit mortem alterius, aut ad testatoris mortem
refertur, si respicit mortem alterius, non testato-
ris, indistinctè non intelligitur institutus, sed
omnino præteritus, si nascatur viuo eo post
cuius mortem institutio fuit collata, & ita pro-
cedit tex. in l. si pater filium supra de vulg. &
pupil. si respicit mortem testatoris, aut talis te-
723 stator, cũ ita testabatur putabat se moriturũ in
continenti, & tunc institutus, si nascatur post
mortem, censetur etiam institutus, si viuo te-
testatore nascatur, quia si cogitasset dictũ pos-
thumum se viuente nasciturum, eodem modo
verisimiliter instituisset, argumento l. titius §.
lucius supra eodem, tradit Bart. hic nu. 9. & se-
quuntur Bal. Angel. Alex. Ias. & alij, ita vt sit
communis sententia, vt de communi testatur
Ias. in dicta l. commodissimè supra eodẽ nu. 8.
724 Aut non erat testator in hac cogitatione
instantis, & imminentis mortis, & tunc, si nas-
catur eo viuente, non intelligitur institutus, cũ
inclusio vnius casus sit exclusio alterius l. cum
prætor de iudic. alioquin talis conditio nihil
operaretur, & ita procedit tex. in dicta l. com-
modissimè supra eodem, ratio autem est, quia
talis posthumus eo casu, qui non est testamen-
to compræhensus, nec sub conditione intelli-
gitur scriptus hæres, sed omnino præteritus vt
725 dicitur ibi in fine. Secundò autem casu, vbi sci-
licet non instituitur simpliciter si post mortem
alicuius nascatur, sed si nascatur post mortem
alicuius infra aliquod tempus, vt puta infra spa-
cium decem mensium, iterum distinguendum
726 est; propterea quod, Aut tota conditio, &
temporis cõputatio respicit mortem testatoris
parentis, & tunc quia talis conditio censentur
apposita ad excludendos eos, qui nascuntur
vltra decimum mensem post mortem testatoris
qui non præsumuntur esse filij ipsius, non au-
tem ad excludendos eos qui eodem testatore
viuente nascuntur, de quibus verum est affir-
mare non esse natos, vltra decimum mensem,
post mortem testatoris, & sic vltra præscriptũ
terminum, talis institutio trahitur etiam ad
casum, vbi scriptus hæres viuo testatore nasca-
tur, & ita intelligi debet tex. in l. fin. C. de pos-
thumis hered. instit. non autem vt corrigat l.
commodissimè, vt post Bal. hic. nu. 7. vers.
secundo facta substitutione, sentit [redacted] tam
in dicta l. commodissimè, quàm in §. & quid
si tantum infra hac eadem legẽ nostra, nec non,
Cuia. lib. 3. recept. sent. Pauli Iurisconsulti tit. 4.

727 Aut talis conditio non simplex, sed cũ adie-
ctione temporis, si nascuntur scilicet post mor-
tem infra decimum mensem, refertur ad per-
sonam alterius, & tunc iterum distinguendũ est.
Aut institutio collata est, non modo post
mortem illius, à qua ratio decem mensium in-
eunda est, sed etiam post mortem testatoris, &
tunc, quia mors testatoris non potest esse ter-
minus, à quo dicti decem menses debeãt com-
putari vt aliquod operetur, debet intelligi, vt
excludat casum, vbi talis institutus viuo testato-
re nasceretur, & ita puto esse intelligendũ tex.
nostrum, etiam secundum hodierna tempora
per tex. in d. l. commodissime supra eodem.
728 Aut talis institutio collata est solum modo
post mortem illius duntaxat, à cuius die ratio
decem mensium ineunda est, & tunc etiam si
nasceretur viuo eo, post mortem cuius fuit col-
lata institutio, censeretur nihilominus institu-
tus, quasi illa verba, post mortem, essent solum-
modo apposita, ad excludendos illegitimos,
qui vltra decem menses à die mortis parentis
nascuntur d. l. fin. C. de posthu. hered. insti.
secundum intellectum Cornei, & aliorum, quẽ
verissimum esse arbitramur.
729 Absolutis articulis, qui pendebant à quinta
conclusione ex tex. elicita, sextam modo, &
vlt. ommissis alijs, quæ difficultatem non pa-
tiuntur, colligo.

Sexta igitur conclusio est, necessariũ esse ad
hoc vt testamento, secundum Aquilianam for-
mulam condito, locus sit, nepotem posthumum
nasci in decem mensibus proximis, quibus ip-
sius pater filius testatoris moreretur.

Huius autem conclusionis occasione, pro
complemento nostræ interpretationis, de qua-
tuor contingit dubitari, ideo quatuor vtiles, &
opportunos propono discutiendos art.

Primus est, an dies, in quo moritur filius,
computetur in decem mensibus, de qibus in
conclusione.

Secundus, nunquid filius, qui nascitur per
duos vel tres dies vltra decem menses post
mortem testatoris, legitimus nasci dicatur.

Tertius, si nascatur posthumus nepos, ex cõ-
silio Galli institutus, per duos vel tres dies, vl-
tra decem menses in formula expressos, an ad
successionem admittatur.

Quartus & vlt. si mulier post mortem pri-
mi mariti nubat alteri infra tres vel quatuor
dies, & decimo mense pariat, an primi viri di-
catur esse filius, vel secundi.

Quod attinet ad primum, quatenus quæri-
mus an dies, quo pater moritur computetur in
decem

decem mensibus, infra quos nepos posthumus nasci debet; illud inprimis obseruandum est Bart. hic loqui de mense, quo moritur pater, non de die, verum credendum est, vt obseruat etiam Soc. iun. hic nu. 57. eius codicem mendosum esse, quia cum se referat ad glos. vltimã, quæ de die loquitur, debet secundum eam intelligi, faciunt notata in l. hæredes mei §. cum ita §. ad l. c. Trebell. & tradita per Bart. ad l. non solum §. si liberationis ff. de liberat. legat. præterquamquòd de mense, quo moritur pater, agere in propositio non est ad rem, illud etiã, pro intelligentia terminorum propositæ quæst. adnotandum est, Accurs. vnum dixisse, & aliud intellexisse, sensus.n. est eiusdem quęst. vt supra, ab Accurs. propositæ, nunquid dies mortis parentis debeat computari in tempore quo potuerit filius concipi, ita ut dicatur nasci legitimus, & secundũ Galli conditionẽ vbicunq; nascatur intra egros decẽ menses, vltra diẽ & mortis patris, quasi eo quoq; die potuerit filiũ cõcipisse.

In hac igitur difficultate, ita intellecta, prima facie videtur respondendum diem mortis non esse computandum in tempore, quo filius potuerit concipi, idq; duplici potissimum ratione.

731 Primùm quidem, ad mentem Bal. hic nu. 8. Quia dies termini non computatur in termino l. 1. supra si quis caut. sed dies quo moritur testator, est dies termini, intra quẽ potuit concipi à defuncto filius nascıturus infra decem menses ergò, non debet computari in termino, intra quem censeatur à testatore conceptus.

732 Secundò, ad mentem Ioan. Bologn. hic nu. 181. si dies quo quis moritur computaretur in tempore, quo ab eo filius concipi potuit, sequeretur, vt præsumeretur quis posse generare eo ipso die quo moritur, quòd rarum est, ob infirmitatem, ita vt vix fieri possit, nisi illis, qui cadunt repentino interitu, & sic iuris præsumptio non adaptaretur ad id quod frequentius accidit sed hoc non est admittendum, cùm sit contra l. nã ad ea supra de leg. & contra tradita per Euer. in suis centũ loc. s argumentorũ, in loco à cõmuniter accidentib ergò nec illud vnde hoc sequit.

In contrariam tamen opinionem iuit glossa fin. hic, quam sequuti sunt vno ore omnes DD. Bart. nu. 11. Bal. nu. 8. Angel. nu. 5. Aret. num. 4. Alex. nu. 12. Ias. nu. 65. Fortun. Garz. nu. 114. in fine Lancell. Galiaul. nu. 18. Soc. iun. nu. 57. Ioan. Bologn. nu. 181. testantur de communi passim omnes recentiores. & pręsertim Galiau. & Soc. iun. in locis præallegatis, probatur autem hæc sententia vnica potissimùm ratione ad mentem Aret. hic nu. 4. quæ est huiusmodi.

733 Dies termini regulariter computatur in termino, nisi specialiter sit exceptus c. 1. §. si quis igitur de except. lib. 6. c. 1. de restit. spoliat. lib. 6. tradit Ioannes Andreę in c. super eo, huius initij 2. de appell. & sequuntur ibi DD. communiter, vt de communi testatur Aret. hic nu. 4. præsertim quando ei, cui terminus assignatur, expedit computari, at in casu nostro dies termini, quo testator moritur, non est specialiter exceptus, & expedit, tàm mulieri, quàm filio nascituro, cui assignatur, vt computetur in termino, infra quẽ concipi à defuncto potuerit, cùm facilius, quo magis differtur natiuitas, partus legitimus nascatur, ergò in dubio debet in termino computari, & ab hac opinione non est recedendum.

734 Non obstant contraria, & presertim primũ argumentum, quia vt patet ex his, quę mox dicta sunt, retorquetur; propterea quòd in d. l. 1. supra si quis caut. dies termini expresẻ excipitur, vt declarat Aret. hic preterquàmquòd ei, cui assignabatur non expediebat computare, præterea, secundum Bal. hic num. 8. in termino assignato ex arte, dies termini non semper computatur, vt ibi, vel quia scilicet, non expediat, vel quia expresẻ excipiatur, sed aliud est in termino, qui pendet à natura, vt hic facit l. 3. §. minore supra de minor. & l. Qua ętate sup. de testamentis, non declaro latius, an, & quando dies termini computetur in termino, quia non est hic locus.

735 Non obstat secundũ, quia non est inconueniens, vt quis pręsumatur posse generare eodem die quo moritur, cùm hoc non modo sit possibile, sed etiam facile contingens, non enim omnis infirmitas impedit coitum, preterea hæc pręsumptio est fauorabilis partui, qui potest etiam legitimus nasci per paucos aliquot dies post decem menses, secundum communem sententiam, de qua videbimus in sequenti articulo, nec est nouum, vt in fauorabilibus attendatur, quod est possibile.

736 Limitarem tamen hanc communem conclusionum, vt non procederet in eo, qui mortuus esset absens, vel longa infirmitate correptus, qua constaret fuisse impotentem, per tex. & ibi glossam in l. filium definimus supra de his qui sunt sui, vel alien. iur.

737 Ex hac autẽ cõclus. inferũt DD. hic coïter post Cyn. & Bal. nu. 8. posse aliquẽ in art. mortis constitutũ celebrare matrimoniũ, cũ inspecta aptitudine, possit & vltimo die generare, quæ aptitudo potius inspicitur, quàm actus, vt dicit Bal. per tex. notabilem in l. si quis posthumos, & in l. sed est quæsitum supra eodem, hinc

matrimonium contractum, cum concubina, in articulo mortis efficit prolem legitimam, vt latè tradit Excellentiss. D. Polid. Ripa olim Collega meus, & nuperrimè Augustæ Taurinorum primarius iuris ciuilis interpres, & senator ob excellentem ipsius doctrinam, & probitatẽ a Serenis. Allobrogum Duce creatus in suo copioso, & eleganti tractatu de actis in mort. art. c. 2. vbi sub nu. 25. nec in articulo mortis consti tutos ab omni spe suscipiendæ prolis excludit.

738 Sed veniamus ad secundum articulum. Vtrum scilicet, si nepos nascatur per duos dies vltra decimum mensem, à morte patris dicatur partus legitimus.

In hac igitur difficultate, cuius termini sunt notissimi, pugnant interpretes diuisi in contrarias classes, pleriq; n. affirmatiuã tuentur opinionem, quã tenuit in primis Accursius in §. fin. in auth. de restitut. & ea quæ parit in vndecimo mense post mortem viri, & eandem opinionem sequitur ibi Iac. Cuiac. hic autem idem tenet Accurs. in glossa fin. quem post Cynum sequitur Bart. hic nu. 12. Aret. nu. 3. in fine Barth. Soc. nu. 6. Ias. nu. 63. Fortun. Garz. nu. 113. cum sequ. Emilius Perottus nu. 11. Ruin. nu. 57. Soc. Iun. nu. 56. Ioan. Bologn. nu. 183. & hec est communis opinio, vt de communi testatur Soc. Iun. sub d. nu. 56. necnon D. Polyd. Ripa in d. tract. de act. in mort. art. c. 3. nu. 29. vbi adducit Neuiza. cons. 34. nu. 19. & Bonif. Ruger. cons. 1. nu. 10. & pro hac communi sententia plura adducuntur.

739 Primùm autem adducitur tex. in dicto §. fin. vers. mulier enim in auth. de restitut. & ea quę pa. in vnd. men. vbi inter alia legũtur hæc verba, nondum enim completo anno, vndecimo mense perfecto peperit, vt non esset possibile dicere, quia de defuncto fuisset partus, ergò, à contrario sensu, potuisset dici de defuncto viro partum fuisse, si non perfecto vndecimo mense natus esset, sed filius natus per aliquot paucos dies post decem menses à morte patris, sine dubio est natus ante vndecimũ mẽsẽ perfectũ, igitur talis partus intelligit natus legitimus.

740 Secundò, pro eadem sententia, ad mentem Bart. & aliorum ita argumentor, in ijs, quæ pertinent ad alienas artes, & facultates, standũ est peritis in arte l. septimo mense supra de stat. homin. l. 1. §. 1. supra de ventre inspic. sed disputatio nostra pertinet ad phisicos, vt omnes

741 fatentur, & ipsi admittunt posse mulieres legitimum filium parere, etiam vndecimo, duodecimo, & decimotertio mense, igitur, secundũ eos, statuendum est legitimum esse partum per aliquot dies post decem menses, à morte viri natum, cùm non excedat tempus à phisicis consideratum, probatur minor propositio in primis per consilium Magistri Gentilis Medici phisici, qui super hoc consultus à Cyno, vt refert Bart. hic nu. 12. respondit ponendo duas conclusiones, quas scripsit hic Barth. Soc. nu. 5. & 6. per quas ex sententia Arist. & Auicen. concludebat, posse nasci partum, etiam vndecimo, duodecimo, & decimotertio mense, & declarabat sententiam Hypocratis constituentis terminum decem mensium, non ita præcisè esse intelligendam, vt aliquot paucorum dierum excessum non admitteret, varias quoq; antiquorũ sententias, circa tempus pariendi refert Aul. Gellius lib. 3. noct. Atticarum c. 16. vbi testatur Diuum Adreanum, causa cognita, decreuisse vndecimo quoq; mense partum edi posse, & in eodem decreto dixisse Adrianum testatur, illud statuisse requisitis veterum philosophorũ, & medicorum sententijs, refert etiam ibi ex Plinio 2. lib. 7. c. 5. natur. hist. hæc verba, Masurius autor est, Lucium Papirium prętorem secundo hærde lege agenẽ bonorum possessionẽ contra eum dedisse, cum mater partum se tresdecim mensibus tulisse diceret, quoniam nullũ certum tempus pariendi statutum ei videretur, alię quoq; possent similes afferri auctoritates, quas Gellius ibi, & DD. hic scribunt, sed hæ satis probant dictam minorem.

742 Tertiò, igitur ita argumentantur, si partus natus per duos dies post mortem parentis, vltra decimum mensem, non censeretur legitimus, sequeretur, ut modicus temporis excessus esset in consideratione, sed hoc consequens est falsum per tex. in l. nobilex duorũ de reg. iur. igitur & antecedens, Vbi lex duorum mensium fecit mentionem (inquit tex.) & qui sexagesimo primo die venit audiendus est.

743 Quartò, & vltimo, ommissis alijs, ad mentẽ DD. ita argumentor, in dubio illa debet admitti interpretatio, per quã pro innocentia præsumitur l. merito ff. pro socio, & per quã non imputetur alicui, quod fataliter accidetit l. Quærit aliquis ff. de verb. signi. sed in proposito versamur in dubio, cùm à natura non sit certa custodita lex in tempore pariendi, ut constat ex ff. dictis, & interpretatio ut partus, de quo loquimur, nascatur legitimus, est secundum pręsũptionẽ innocentiæ ipsius mulieris, & efficit, ut partui non imputetur si post duos dies natus est, quod fataliter ipsi contingerẽ potest, ergò, hæc admittẽda est interpretatio, ut legitimus nascatur ẽt p duos dies, ultra decimũ mẽsẽ à morte patris,

Hij

His tamen,& similibus argumentis,non obstantibus,in contrariam iuit sententiam Accurs. in l.septimo mense supra de statu homin. quem sequuti sunt Bal. Nicolaus de Neap. Imol. & alij hic, & presertim Alex. nu. 11. Galiau. nu. 37. & Mar. Salam. nu. 46. videtur etiam sentire hic D. Spannocch. partic. vltima nu. 18. super verbis in decem mensibus,& pro hac quoq; opiniõe plura possunt adduci.ego autẽ,studẽdo breuitati,vno vtar uel altero dũtaxa: argumẽto.

744 Primum igitur facit hæc ratio, in dubijs ea admittenda est interpretatio, quę fluit ex præsumptione eius,quod frequentius accidit l. nam ad ea § de legi. faciunt tradita per Euer. in suis centum locis argum. in loco à communiter accidentibus, sed in proposito sumus in dubio, vt supra docuimus,& interpretatio,vt post dictos duos dies partus non nascatur legitimus,est secundum pręsumptionem eius, quod frequentius accidit,cum perraro vsu veniat, vt vltra decimum mensem pariant mulieres,quę quandoq; septimo mense, & plerunq; nono pariunt, igitur hæc interpretatio, vt post decimum mensem,etiam si modicus fit excessus,legitimus non nascatur est omninò admittenda.

745 Secundò, & vltimo,ommissis alijs,verum opinionis fundamentum est in l. intestato liberto infra de suis, & legit. in §. fin. vbi inquit I. C. post decem menses mortis natus,non admittitur ad legitimam hereditatem,ergò non est legitimus partus, alioquin ad hæreditatem legitimam admitteretur,sed natus per duos dies post decem menses à morte patris, sine dubio nascitur post decem menses,a morte patris,igitur talis partus non nascitur legitimus, & consequenter ad legitimam hæreditatem non admittitur,nec dicas cum Aretino verbum,post, in d. §. positum esse ambiguum, cum possit significare natum post ex interuallo, vel post incontinenti, iuxta ea, quæ tradidit Bart. in l. fructus in vltima questione supra soluto matrim. & ideò esse intelligendum ex interuallo, non autem in continenti post duos dies, ratione subiectæ materiæ,cùm constet vndecimo mense non perfecto posse legitimum nasci post mortẽ patris d.§ fin.q a imo replicamus d.dictionẽ esse generalẽ,et ido generaliter in d.§. vlt.excludere oẽs natos post decimũ mẽsẽ,siuè ex interuallo, siuè incontinenti argumento l. 1. §. generaliter de legat. præstan. & huic fundamento, siue cauillatione non potest responderi, vt apertius mox patebit ex solutionibus ad contraria.

746 Non obstant igitur nunc contraria, & presertim primum argumentum de tex.in dicto §. fin. quia ex eo non potest sumi argumentum à contrario sensu, tùm quòd sequeretur correctio dictæ l. intestato,in §. post decem,quo casu tale argumentum non admittitur,iuxta tex. in l. secunda C. de conditionib.insert l.conuenticulam, vbi Bal. C. de Episcop. & Cler. cum alijs congestis per Euer. in suis centum locis

747 argum. in loco à contrario sensu, tùm quòd sequeretur etiam absurdus intellectus, vt scilicet legitimus partus esset, nedum si nasceretur per duos dies post decem menses à morte patris, sed etiam si nasceretur per 20. vel 25. dies postea, quod est absurdum apud omnes, & licet videatur hoc concedere Iac. Cuiac. in dicto

748 §. fin. vt scilicet in principio vndecimi mensis iustus partus nascatur, non autem in fine, vel hoc falsum est per d. l. intestato, vel debet intelligi, vt loquatur facta dinumeratione à die conceptionis, vel statim completo decimo mense, primo die scilicet sequentis mensis, quicquid sit, certè ex illo tex. vt Marius Salam. hic numero 45. considerat aduersus Aret. non potest sumi argumentum à contrario sensu, quandoquidem tale argumentum in numeris, vt ipse dicit, negatiuè non recipitur, & ideò non tenet hæc sequela, mulier quæ peperit duodecimo mense post mortem uiri, & sic vndecimo perfecto, dicitur exstupro peperisse, igitur ante vndecimum perfectum legitimum, & iustum ex viro defuncto filium peperisse dicetur, alioquin teneret etiam hæc, tempus pariendi ad decimum tertium mensem non extenditur,ergò extenditur ad duodecimũ,& ra-

749 tio potest esse,quia tenet argumentum à contrario sensu, vbi sensus contrarius est vnicus,

750 secus si multiplex, vt in proposito. Quicquid sit,ille tex. non probat communem sententiam,& certe illius sensus est planissimus, & est huiusmodi, mulier peperit vndecimo mense perfecto post mortem viri, & sic duodecimo mense,quęrebatur an iustum partum ex defuncto viro peperisset, & concluditur negatiuè, quia,nec si fieret dinumeratio à die conceptionis, tempus pariendi extenditur ad duodecimũ mensem, hoc.n. sonant verba illa, vt non esset possibile dicere,quia de defuncto fuisset partus,neq; .n. in tantum,tempus conceptionis extensum est, sed solummodo scilicet, in vndecimum mensem, sed,à die mortis mariti,non porrigitur vltra decimum mensem, vt in dicta l. intestato; probat igitur solummodo dict. tex. vndecimo mense perfecto post mortem viri, mulierem non legitimum partum parere,quia impossibile est iustum parere, etiam si fieret

L 2 tem-

temporis computatio à die conceptionis, ante tamen perfectum vndecimum mensem à die conceptionis, potest legitimus partus nasci, verũ infra quod tempus nascatur legitimus à die mortis mariti, non aperit ille tex. satis tamen hoc præscriptum reperitur in d. l. intestato liberto §. fin. de suis, & legiti.

751 Nec obstat secundum argumentum, quia fatemur esse standum in dubio peritis in arte, sed falsum est peritos in arte medica statuere partum iustum nasci posse post decimum mensem à morte mariti, ipsi enim statuunt vndecimo, vel vlteriori mense nasci posse à die conceptionis, qui est omninò incertus, & obscurus,
752 quapropter legislator, vt tolleret, hac in re, ambiguitates, respiciens ad illud quod frequentius accidit ex sententia omnium scriptorum, vt patet ex Corrasio lib. 2. Miscellanearum c. 21. ex Tiraquello in l. si vnquam C. de reuoc. donat. ex Rustico Aquilano in suo tractatu de cond. si sine liber. c. 8. & ex alijs adductis per D. Spannoch. hic part. vltima nu. 18. præsumptione iuris, & de iure statuit, vt, à certo die mortis viri facta dinumeratione, non intelligatur legitimus, & iustus partus nasci vltra decimum mensem, & sic, si nascatur in fine decimi mensis à morte viri, necesse est, vt nascatur vndecimo mense à die conceptionis, cùm certum sit post mortem non potuisse concipere, & sic nec nimia angustia temporis uterus defuncti filius excluditur, nec ex longiore pariendi tempore viduis stupri occasio præbetur, vt optima docet Mar. Salam. hic nu. 46. vbi obseruat, abnegatiuos iusti partus duos in iure præfinitos esse terminos, quandoquidem iure cautum est citra septimum mensem à die coniunctionis vitalem partum, & consequenter legitimum, non posse nasci l. septimo mẽse de statu homin. neq; vltra 11. mensem à die cõceptionis d. §. fin. in aut. de restitut. & ea quæ parit in 11. mense, & hoc statutum est ex sententia peritorum in arte, & præsertim Hippocratis, & licet, alij extenderint ad longius tempus, eorum tamen opiniones non recipiuntur, illud autem, quòd scriptum est apud Plinium secundum lib. 7. c. 5.
754 de tertio decimo mense corruptissimum esse affirmat Iac. Cuiac. in dicto §. fin. qui legit, cũ mulier partum se decem mensibus diceret tulisse, sed quia vt supra dictum est, dies conceptionis est incertus, ideò, ne versaremur in ambiguo statuit l. C. in dicta l. intestato de suis, & legit. in § post decem, vt vltra decem menses à morte viri partus tanquàm non legitimus ad hære-
775 ditatem non admitteretur, & cùm ita dicta lege reperiatur cautum, puto non esse admittendam probationem in contrarium, prout sentit etiam Bal. hic nu. 7. vbi enim ius non modò præsumit, sed etiam super præsumpto statuit, probatio in contrarium non admittitur c. ferrum 50. distinctione tradit Abb. in c. is qui, extra de spons. per clementinam ex literis de probat. & sic statuendo lex omnem sublulit ambiguitatem, & eo, quo potuit meliori modo, & partus indemnitati consuluit, & stupri occasionem remouere studuit.

756 Nec obstat tertium argumentum, primum, quia in dicta l. vbi lex, nullus consideratur excessus duorum mensium in sexagesimo primo die, cùm sint aliqui menses triginta & vnum habentes dies, præterea illud procedit, vbi fit mentio de duobus mensibus simpliciter, & ubi conceduntur affirmatiuè sine termino, ante, uel post, secus quando negatur aliquid ultra, uel circa aliquod tempus fieri, tunc. n. attenditur, quodlibet momẽtum, ut in dicto §. post decem,
757 tertio potest etiam responderi, non esse in consideratione modicum excessum non integri diei, ut in d. l. ubi lex, secus autem plurium dierum, vt puta duorum vel trium, vt in casu nostro.

758 Nec facit negotium quartũ, quia negamus in proposito nos versari in dubio, omnis. n. dubietas à d. l. intestato liberto sublata est, per quã expressè statuitur, vt partus, tamquàm non legitimus, post decimum mensem ad hæreditatem nõ admittatur, rationibus de quibus supra in responsione ad secundum argumentum, & latè tradit Mar. Salam. hic nu. 46. non puto igitur ab hac posteriore sententia recedendum.

759 Verum retenta communi, vt natus scilicet per duos dies, post decem menses à morte patris sit legitimus partus, succedit nunc tertius articulus, An scilicet, si auus fecerit testamẽtum ex consilio Galli, & nepos per duos, vel tres dies vltra decem menses post mortem patris nascatur, censeatur preteritus, vel per eamdem formulam substitutus, non obstante conditione illa expressa, si natus erit in decem mensibus proximis quibus filius testatoris eiusdem posthumi nepotis pater moreretur, & prima facie, in hac difficultate videtur respondendum negatiuè.

760 Primùm quia qui prouidet sibi in vno casu, non videtur in alio casu ommisso sibi prouidere l. commodissimè supra eod. l. si pater filium infra de vulg. & pupil. at, in proposito, substituens nepotem si nascatur in decem mensibus proximis, quibus filius moreretur proui-

det

det sibi in vno tantùm casu, vbi scilicet nascatur nepos in decem mensibus, ergò non videtur in casu ommisso, vbi nascatur post decem menses ibi prouisum.

761 Secundo Bal. ita argumentatur, substitutio tempore limitata habet effectum post tempus limitans l. si ita quis infra de vulg. & pupil. at substitutio nepotis posthumi, de qua loquimur, est tempore limitata, si nepos nascatur in decem mensibus proximis, quibus filius moreretur, igitur non debet habere effectum, si nascatur post dictum tempus decem mensium à morte filij.

762 Quibus tamen non obstantibus, contrariũ concludit Bal. hic nu. 7. in fine, motus hac potissimùm ratione, vbicunq; à testatore apponitur instituendo, vel substituendo, tempus, vel qualitas, quæ naturaliter inesse credebatur, intelligitur apposita per modum demonstrationis, & designationis, non autem per modum restrictionis, vt excludat casus similes, in quibus tamen illud tempus, vel illa qualitas non datur l. Titius §. Lucius supra eodem, at testator in proposito apposuit tempus, si in decem mẽsibus nascatur, quia crederet naturaliter inesse, cùm regulariter, & frequenter in decem mensibus proximis, quibus pater moritur, soleat partus nasci, igitur talis temporis appositio non debet taxatiuè intelligi, vt excludat natum per duos dies post dictos decem menses, presertim, cùm modicus temporis excessus non sit in consideratione, cumq; verisimile sit testatorem si fuisset interrogatus, voluisse substituere etiam nepotem nasciturum, post decem menses per vnum, vel alterum diem, sed non instituisse, quia non crediderit eum vltra decem menses nasciturum argumento dicti §. Lucius.

763 Secundo & vltimo in substitutionibus, ex verisimili mente testatoris, ea fit interpretatio, vt substitutio concepta in vnum casum porrigatur etiam ad alium l. iam hoc iure infra de vulg. & pupil l. Quamuis C. de impub. & alijs substit. at in proposito sumus in substitutione facta in vnum casum, si nepos nascatur infra decimum mensem, & verisimilis est testatoris mens, vt si cogitasset re vera, ex filio defuncto vltra decem menses per vnum vel alterum diẽ sibi nasciturum nepotem posthumum, eodem modo, eundem instituisset, argumento dicti §. Lucius l. fin. C. de posthu. hæred. instit. igitur ea debet fieri interpretatio, vt etiam ex substitutione, si in decem mensibus nascatur, admittatur natus per duos dies post dictos decem menses à die mortis parentis.

764 Non obstant nunc contraria, & presertim primum argumentum, quia procedit vbi tempus appositum non est demonstrationis gratia, sed vt excludat aliud tempus, alioquin nihil operaretur, & vbi est aliqua ratio differentiæ inter casum vnius temporis, & alterius, vt in dicta l. commodissimè, si enim posthumus nascatur post mortem testatoris, non potest occurrere rumptelę testamenti, vb. si eo viuo nascatur, potest testamentum mutare, & idcò verisimile est vnum casum non trahi ad alterum.

765 Nec facit negotium secundum de l. si ita quis de vulg & pupil. quia illa propositio, quę ex dicto tex. elicitur, nempè substitutio limitata tempore, non habet effectum post tempus limitans, non habet locum, vbi appositum est tẽpus omnino arbitrariũ, vt in dicta l. si ista, secus autem vbi est appositum tempus naturale vel legale, quia tunc dicti temporis appositio intelligitur secundum dispositionem iuris, quẽ admodùm ergo ius, quod tale tempus statuit non excludit nascentes vltra dictum tempus per duos vel tres dies, secundùm communem sententiam, ita quoque, nec hominis dispositio, qua censetur testator velle se conformare cum iuris dispositione §. 1. infra eodem vbi DD. supposita igitur vera communi in præcedenti art. vera est Bal. opinio, alioquin si sententiam, quam defend. mus sequatis cogeris ab hac quoq; Bal. opinione discedere, quæ ab il lius veritate pendet ut patet, ita ut supposita falsa communi, non sit dubitabilis.

766 Superest igitur, ut quartum, & ultimum articulum pro complemento huius interpretationis aggrediamur, erat autem quarta dubitatio, excitata à Bart. hic in quęst. ult. num. 13. si, mortuo primo marito, statim mulier nuberet altari, & nono vel decimo mense filium pareret, utrum in dubio censeretur esse primi mariti, uel secundi, qui quidem casus facile hodiè potest contingere, cùm non teneatur amplius mulier defunctum uirum per annum lugere, & sint sublatæ penæ, de quibus in l. liberorum supra de ijs qui notant. infam. & in l. 1. C de secundis nupt. iuxta illud diui Pauli primo ad Corint. 7. mulier uiro mortuo nubat in domino, tradit latè Petr. Gregor. Tholos. in Syntagm. iur. uniui parte 2. lib. 9. cap. ult. nu. 24. licet non desint, qui sentiant, nec hodiè, ob incertitudinem partus, posse mortuo uiro, mulierem aleri nubere ante tres uel quatuor menses, iuxta glos. in d. l. liberorum, nisi sint annosę, & uetutæ, ut latæ per Mar. Salam. hic num. 51. quicquid sit, supposito, ut mulier statim possit nubere, &

bere, & dato caſu Barr. licet uix dari poſſit, per ea etiam, quæ dicit Ioan. Bolog. hic. nu. 195. quærimus quid iuris ? & in hac difficultate perplexa, & in extricabili ferè, & inſolubili, niſi ad Apollinem confugiamus, ut dicunt Salam. hic nu. 58. & Bologn. ſub dicto nu. 193. iuxta illud terentianum, tot ſunt ſententiæ, quot ſunt capita, uerùm, ut opinionum uarietatem ad aliquam, certam mæthodum redigamus, quinq; dicimus principes eſſe opiniones, & quintam in tres alias ſub diſtingui, ad quas omnes omninò quotquot ſunt referuntur, ut infra uidebimus.

767 Prima igitur fuit Iac. de Beluiſ. in l. 1. de bonorum poſſ. ut quo ad effectum iuris, & quo ad ſucceſſionem, neutrius filius eſſe dicatur, & hanc opinionem Bal. quoq; & Angel. quandoq; probauerunt in dicta l. liberorum §. 1. ſupra de his qui notant infam. & hanc eandem opinionem, in ſimili queſt. quandoq; probaſſe Albericum, & Oldrad. in l. ſi uicinis C. de nupt. nec non Pileum conſ. 127. & Barth. Brixienſem queſt. 46. teſtatur Alc. hic. nu. 32. ubi eamdẽ opinionem ſequitur, fundamentum autem huius opinionis eſt, quia vbi aliquid ad duo uel plura poteſt referri, incertum tamen eſt omnino ad quod debat referri, ad neutrum refertur l. duo ſunt Titij de teſtam. tut. l. ſi ita fuerit in prin. infra de rebus dub. hinc uulgo conceptus dicitur ſine patre natus §. pennl. inſtit. de nupt. ſed partus, de quo loquimur, ad duos parentes æqualiter referri poteſt, ita ut incertus omnino ſit cuius eſſe dicatur, ergò neutrius dici debet, ita ut neutri ſuccedere poſſit.

768 Verùm hæc opinio reprobatur ab alijs, quia nimis inhumana eſt, ut dicit Ioan. Bologn. hic nu. 189 & per Fortun. Garz. hic nu. 120. in fine, nec obſtat fundamentum illius, quia in iuribus in contrarium allegatis eſt omnimoda incertitudo, ita ut nec alicui leui coniecturæ ſit locus. præterea in illis agitur de lucro captãdo, hic de damno legitimi filij uitando, cui nihil imputari debet, ſi fataliter ei eo modo incertũ naſci contingit, & in dicto § penul. ſumus in materia odioſa ubi nullus eſt liberorum, uel matrimonij fauor.

769 Secunda autem opinio fuit exiſtimatium partum huiuſmodi, quo ad iuris effectum, eſſe utriuſq; & conſequenter ad utriuſq; hæreditatem eſſe admittendum, hanc enim opinionem tenuit Angel. in l. duo ſocij infra de hæred. inſtit. & hanc eandem opinionem placuiſſe Azoni ex Alberico refert. Alc. hic. nu. 31.

Fundamentum autem huius opinionis eſt, huiuſmodi, ubicumq; aliquis, ſecundum communem iuris diſpoſitionẽ, non poteſt eodem modo ſuccedere, niſi uni ex duobus ex cauſa incertitudinis, eodem modo ſuccedit utriq; dicta l. duo ſocij infra de hæred. inſtit. & l. Qui duos infra de reb. dubijs, at partus, de quo loquimur, ſecundum diſpoſitionem communẽ iuris, non poteſt niſi vni ex duob. utris patri ſuccedere, nempe vero patri, incertum tamen eſt qualis fuerit pater, ergò vtriq; eodem modo ſuccedere debet.

770 Verùm hæc quoq; opinio communiter dãnatur ab omnibus, & preſertim ab Alex. hic, & certè indigna eſt, quæ recipiatur, cùm ſit in præiudicium ſuccedentium ab in teſtato ei, qui nõ eſt pater, quod præiudicium alterius non poteſt conſiderari in ll. in contrarium allegatis, quæ etiam procedunt potius ratione modi, quam ratione ſucceſſionis.

771 Tertia autem eſt opinio aliquorum exiſtimatium abſolutè, in dubio dicendum eſſe huiuſmodi partum eſſe conceptum à primo marito, vt refert Alc. hic nu. 31. in prin.

Huius autem opinionis fundamentum eſt, quia vbicumque incertum omninò eſt à quo ex pluribus aliquid ſit factum, in dubio intelligitur factum ab eo, qui eſt prior tempore l. Qui duos §. cum in bello infra de rebus dubijs, facit regula prior in tempore potior in iure c. Qui prior de regu. iur. lib. 6. ſed incertum omnino eſt à quo partus, de quo loquimur, conceptus ſit, numquid ſcilicet à priore vel à poſteriore viro, igitur in dubio cenſetur conceptus à priore.

772 Verùm hæc quoq; opinio leuis eſt, quia in primis procedit d. maior ubi alicui coniecturæ locus eſſe non poſſit, ſecus autè in caſu noſtro, præterea habet locum in ijs, in quibus temporis prioritas aliquid amplius poteſt operari, quod non eſt in caſu noſtro, vel in ijs, quæ reſpiciunt commodum, & vtilitatem, eius qui prior fuit in tempore, quod non eſt in caſu noſtro, & in dicto §. cum in bello cenſetur prius mortuus pater, quàm filius in dubio, vbi hoc perſonæ magis fauorabili expediat, ſecus ſi expediat contrarium, vt in eodem tex.

773 Quarta eſt opinio exiſtimantium in dubio partum, in controuerſia poſitum, cenſeri conceptum ex poſteriori viro, ita enim Imol. hic, & eamdem quoq; opinionem tenuit quandoq; Bal. vt refert. Alc. hic nu. 31.

774 Huius autem opinionis fundamentum eſt, quia in dubio filius illius eſſe creditur in cuius domo ex vxore naſcitur l. filium definimus

ſupra

supra de his qui fiunt sui, vel alie: iur: sed partus, de quo loquimur, natus est in domo secūdi viri, ergò eius esse cred¢ presertim, quia in colēdo eg o diutius perseuerauit, vt dicit Alc. hic nu. 31. Corroboratur argumentum, quia regulariter primus vir, a nteaq; moreretur, cum ægrotauerit, non poterit, verisimiliter vxori commiscert, dicta l. filium, præterea sibi imputet secundus, vir si nimis properè vxorem duxit; argumēto l. 2. vers. si quis tamen supra si quis caut.

775 Verū n h ec quoq; opinio facilè refellitur, vt post Aret. dicit hic Ioan. Bolog. num. 186. ædes enim, & parites non sunt in causa vt quis nascatur potius ex uno, quam ex altero, & præsumptio dictæ l. filium procedit vbi non possit dubitari nunquid filius sit ex alio viro legitimo, sed in casu vti, nisi censeretur ortus ex proprio viro, induceretur præsumptio adulterij, & delicti contra l. merito supra pro socio.

776 Quinta autem opinio est eorum, qui varijs respectibus putant, modo huiusmodi partum ad scribendum esse priori marito, modo posteriori, & ita opinantes sunt valde diuisi inte se, ita ut possint redigi ad tres classes, aliqui .n faciunt causam uoluntariam, aliqui probabilem, aliqui conie ctur alem.

Primi, qui causam uolontariā faciunt, si Alc. credimus hic sub nu 30. sunt Ruin: & Mar qui opinantur dandam esse electionem filio, ut etus sit, cuius esse uelit.

Fundamentum autem huius opinionis est, quia interpretatio in re dubia, in partem fauorabiliorem fieri debet, sed fauorabilior interpretatio esset, ut detur electio ipsi filio, vt patet, igitur h ec interpretatio est admittenda.

777 Verū n hęc opinio est deterior alijs, reprgnat. n. omni æquitati cū in præiuditium ueni entium ab intestato possit partus, de quo loquimur, e igere in patrem eum, qui mag s amplum h bet patrimonium. præterea esset necessarium, ad dirimendam hanc quęstionem expectare ut talis filius ætatem haberet ad eligendum, & alia quoq; ex hac opinione sequuntur absurda, præterquam quòd nec c nstat, in Codicibus meis, Ruino, & Mario Salm. si de eo intellexit Alc. hanc opinionem placuisse.

778 Alij autem faciunt hanc causam probabilē, & huiusmodi quoq; Doctores distribuūtur in tres alias classes, nam aliqui, ut refert Bart. hic, putant id probari po le matris testimonio, & h ec opinio placet. Fortun. Garz. hic nu. 117. Soc. iuni. nu 61. & Ioan. Bolog. nu. 187. & nō improbat hanc sententiam Alc. hic nu. 33. eius autem fundamentum est huiusmodi, in rebus ualde dubijs, ad filios pertinentibus, de quibus aliunde non potest haberi certa probatio, stan dum est dicto ipsius matris, ut in probatione ætatis filij l. etiam matris, ubi glo. supra de prob. l. uxorem infra de ritum nupt. at decisioni quęst. nostrę est ualde dubia, ad filiū pertinet, & aliunde certa probatio haberi non potest, igitur testimonio ipsius matris stādū est, ut filius esse dicatur, ex quo mater concepisse dicat; hinc commendat Garz. Regem illum, quem dicunt 8 D. cum crederet matri asserenti eum non esse conceptum ex Rege, quem credebat esse patrē, sed ex quodam milite Imperium ab iis abdic.

779 Cæterum hanc quoq; opinionem reprobat Bart. hi, quia non est credendum matri, tùm quod facile decipi potest, cùm possit credere se prægnantem, cùm non sit, l. 1. §. si mulier de l. bet. agnos. l. 1. §. per calumniā ff. si mulier uentr. nom. præterea posset etiam ex affectione per h bere falsum testimonium, ad fauorem filij, ut eum nobiliorem, vel ditiorem redderet.

780 Alij autem opinantur, hanc causam probabilem esse testimonio, & iudicio obstetriciū, & medicorū quæ opinio uidetur placere Bart. hic, & eius fundan eorum, est huiusmodi, In ijs, quæ pertinent ad alienas artes, & facultates standum est peritis in illis l. septimo mense supra de stat. homin. sed cognitio partus, de qua agimus, pertinet ad Medicos, & obstetrices l. 1. § 1. ff. de uentr. insp. igitur, cuius sit partus de in con rouersia po tius debet medicorū, & obstetricium testimonio comprobari.

781 Verùm h c quoq; opinio reprobatur, quia Medici quoq; & obstetrices facilè decipiuntur, possunt. n. huiusmo personę cognoscere nū quid mulier præg ās sit nec ne, & similes, alias pregnantis uentris qualitates, cuius autem partus sit, diuinare non possunt.

782 Alij autem opinantur quęst. hanc dirimēdam esse iudicio, & testimonio Astrologorum, ut ex Centiloquio Ptolomei lib. 1. sentit Mar. Sal. hic nu. 62.

783 Verùm h ec opinio reicienda est, tùm quòd ipsi quoq; Astrologi facilè decipi possunt, cū astrologia sit ars omnino fallax, ut latè tradit Ioan. Pic. Mirand. contra Astrol. præterea, ut dicit Alc. hic in fine nu. 40. fatales diuinationes Mathematicorum, & astrologorum damnantur in iure nostro, ut in toto tit. C. de malefic. & mathemat.

784 Ego autem, ut breuiter quid sentiam, in hac difficultate aperiam, arbitror huius controuersiæ solutionem plurimum pendere à Iudicantis arbitrio, argumento l. uoluntates C. de fideicom.

ſideicom. & l. ex verbis C. de donat. inter vir.
& vxor. vbicunq; igitur Iudex poterit ex ſignis
conceptionis, ex patris ſimilitudine, ex matris
teſtimonio mulieris probæ, & veriſimiliter nul-
lo, vel intereſſe, vel affectione motæ, nec non
ex peritorum in arte iudicio, & opinione, cu-
iuſmodi in propoſito videntur eſſe obſtetrices,
& Medici, rei ſatis occultæ veritatem expiſcari,
licebit ei, ex pluribus ſimul iunctis coniecturis
785 ſimilibus, iudicare, vna.n. vel altera non eſſet
ſatis, argumento l. librorum §. quod tamen
Caſſius. ff. de leg. 3. & l. prædijs §. balneas ff.
eod. faciunt tradita per Iac. Cuiac. conſultat. 35.

Vbicunq; igitur probabiles iudicis arbitrio
coniecturæ, huic obſcuriſſimæ iuris controuer-
ſiæ lucem aliquam afferunt, ſecundùm illas
786 cauſa eſt terminanda, quod ſi coniecturæ de-
ſint diſtinguerem hoc modo. Aut mulier pa-
rit nono, vel decimo menſe poſt copulam, cùm
ſecundo viro, aut ante nonum menſem, primo
caſu ſtatuerem, arguendo a communiter acci-
dentibus iuxta tex. in c. 1. vbi Abb. Imol. &
alij de Clericis non reſid. & l. quædam §. num-
mularios. ff. de edendo, cum alijs congeſtis per
Euer. in ſuis centum locis argumentorum in
loco a communiter accidentibus, filium eſſe
787 ſecundi viri, non primi. Secundo autem
caſu, quia octauo menſe natus viuere non
788 poteſt, ita, vt licet viuus, pro non nato ha-
beatur ex communi DD. ſententia, de qua per
Clarum in §. teſtamentum q. 45. per Pariſium
conſ. 56. num. 9. lib. 2. per D. M. Sferz. Od-
dum in tractatu compendioſę parte 6. quęſtio.
vltima artic. 2. verſ. Aut nati erant tali tempo-
re, necnon conſ. 28. num. 12. & per D. Præſi-
dem Menoch. de præſumpt. lib. 6. præſumpt.
52. num. 15. latiſſimè per Boniſa. Rugerium
conſ. 1. vol. 1. cum alijs plena manu congeſtis
per Ioſephum Ludo. in ſuis communibus con-
cluſ. De nato in octauo menſe concluſione
vnica, & nouiſſimè per D. Polid. Ripam de
actis in mortis artic. cap. 5. num. 9. cum ſeqq.
789 & quia de raro contingit, vt fiat partus ſepti-
meſtris, eius ſum opinionis, vt eo caſu, vbi ſcili-
800 licet ante nonum menſem naſcatur, ita vt
nec nonum menſem, nec nonam Lunam tan-
gat, ſtatuendum ſit, eſſe primi viri, non ſecun-
di, & cum hac opinione coincidit Bartoli ſen-
tentia, ſi rectè perpendetur, quæ eſt commu-
nis, vt teſtetur Alex. hic in fine, & ſi alio mo-
do ſit explicata a Bart. & in hanc eandem ſen-
tentiam videtur ire Fortun. Garz. hic nu. 125.
& ex his, ad Laudem Dei Omnipotentis, Beatæ
Mariæ ſemper Virginis, & Beatorum Philippi
Franciſci, & Iacinti, ſit impoſita ſuprema manus
noſtrę, ad huius difficillimæ legis principium
interpretationi, quàm ſubijcio iudicio cuiuslibet
melius ſentientes.

FINIS, DEO GRATIAS.

PHILIPPI MASSINII
AB INNOCENTIIS I. C.

Et Equitis Perusini,

IN TICINENSI GYMNASIO IVRIS CIVILIS
Interpretis Primarij

L. Gallus.ff. de lib.& posthumis breuis, & dilucida explanatio.

AD PERILLVSTREM VIRVM

LVDOVICVM MADIVM

Reg.Mediol.Senatorem integerrimum.



TICINI,

APVD ANDREAM VIANVM, M. D. CVII.



LVDOVICO MADIO REGIO MEDIOLANI

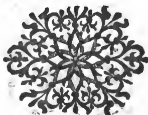
Senatori Perilluſt. & integerimo.

PHILIPPVS MASSINIVS I. C.

S. D.



ARVM forte fortuna rationi conſentaneum cuipiam videbitur, quòd tibi, Senator ampliſſime, cui plurimum debemus, pauca hæc perſoluamus. Verùm tuam etiam in accipiendo liberalitatem voluimus experiri. Neq; verò dubitamus, quin breuis hęc, & dilucida longiſſimi, & obſcuriſſimi Scęuolæ reſponſi explanatio, nomini tuo inſcripta, futura ſit noſtræ erga te ipſum obſeruantiæ, & grati animi maximum, & luculentiſſimum teſtimonium. Diu vale, Idibus Maij. M. D. CVII.

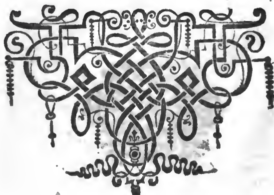


A 2 DE



D E PHILIPPO MASSINIO I. C. NICOLAI SENTII TETRASTICHON AD LECTOREM.

IN labyrinthæis legum ne anfractib. erres,
En monstrent certas quæ tibi fila vias,
Gordiaq; vt liquidò posis dissoluere vincla,
Hic tibi Pellæo pro duce Doctor erit.



a A

PHILIPPI MASSINII AB INNOCENTIIS I. C. ET EQVITIS PERVSINI,

Legis Gallus. ff. de lib. & posthumis breuis, & dilucida explanatio.

SVMMÆ RERVM, ET VERBORVM.

1 *GALLVS Aquilius fuit Aquilianę stipulationis auctor, & plebiscitum, quod lex Aquilia appellatur, cùm esset Tribunus plebis rogauit, aliasq; cautiones, & formulas inuenit.*

2 *Formula a Gallo inuenta poterat ab alio quolibet I. C. excogitari, & inueniri.*

3 *Succedere ex iure antiquo dicuntur, qui ex consilio Galli instituuntur.*

4 *Instituo verbum generale est, quod etiam ad substitutionem refertur.*

5 *Posthumus Aquilianus, ex consilio Galli, interdum substitui, interdum institui dicitur.*

6 *Posthumus nepos institui non poterat, quia est similis incertę personę.*

7 *Gallus induxit cauendo, non legem condendo, vt possit posthumus nepos institui.*

8 *Fieri quid non posse, vel ignorare quomodo fieri debeat paria sunt.*

9 *Tunc, particula est temporis extremitatem significans.*

10 *Antonij Fabri opinio reprobatur.*

11 *Suus hæres, & suus posthumus non idem sunt.*

12 *Præteritio sui posthumi, non rumpit testamentum, sed natiuitas.*

13 *Tunc, dictio, quid operetur in formula Galli.*

14 *Tunc, dictio, potest omitti in testamento facto, ex consilio Galli.*

15 *Conditio nihil ponit in esse.*

16 *Fictio cessat vbi deest equitas.*

17 *Fictioni translatiuę, non est locus, vbi non concurrit duorum extremorum habilitas.*

18 *Tunc, dictio, cur magis fuerit necessaria in Aquiliana formula, quàm in dispositione testatoris ex Galli consilio.*

19 *Tunc, dictio, si in Galli formula excludit tempus post mortem filij, non excludit ne posthumi pręteritione rumpatur testamentum, sed ne fiat caducum.*

20 *Mihi dicitur nasci, qui suus mihi nascitur.*

21 *Neptis quoq; potest auo agnasci, & pręterita testamentum rumpere.*

22 *Principium inst. de exhered. lib. declaratur.*

23 *Gallus cur non prouidit ijs, qui nascuntur sui viuo testatore.*

24 *Pariendi vnum tempus ceteris animalibus datum, homini multiplex.*

25 *Homo legitimę nascitur decimo mense.*

26 *Nepos posthumus potest etiam exheredari ex Galli consilio.*

Scæuola lib. 6. quæstionum.

GAllus sic posse institui posthumos nepotes induxit. Si filius meus viuo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos siue quæ neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natauæ erit: hæredes sunto.



HOC legis Gallus principium diuiditur in duas partes, in prima dicit Scæuola I.C. Gallum Aquiliū induxisse, vt posthumus nepos institui posset, in secunda scribit formulam ipsam Galli, secunda pars sumit initium ab illis verbis. Si filius meus.

1 *GALLVS. Aquilius I.C. fz. qui, & Aquilianam induxit stipulationem, de qua in l. Aquiliana. ff. de transact. & in §. 1. institut. quibus mod. toll. obligat. quiq;, cùm esset Tribunus plebis, rogauit plebiscitum, quod lex*

Aqui-

Aquilia appellatur in titulis.ff. inſtit. & C.
ad legem Aquiliam, quiq; alias quampluri-
mas cautiones inuenit, & formulas ad ius
ciuile pertinentes, de quibus latè Emil. Perot.
hic num. 2.
2 *SIC. i. ſecundum ſubiectam formulā, quam*
ſi ante Gallum alij excogitaſſent, & inueniſ-
ſent, potuiſſent efficere eodē modo, vt poſthu-
mus nepos ex eo tempore, quo inciperet eſſe
ſuus, inſtitueretur, & propterea in §. ſi eius
3 *infra hac eadem lege noſtra, ita loquitur*
Scæuola, vt dicat ex iure antiquo ſuccedere
nepotē, qui ex inſtitutione concepta per Galli
formulam ſuccedit: & ad ius antiquum
aptandos eſſe caſus illos, qui ad eiuſdem Galli
formulam pertinent, vt rectè obſeruat Ant.
Faber lib. 9. coniect. iur. ciuil. cap. 12. in
veſtibulo.
4 *POSSE INSTITVI. non quia nepos*
poſthumus ſemper ſecundum Galli conſilium
inſtituatur, non ſubſtituatur, vt ſentiunt
Antonius Couean: Cuiac. Spanoch. Ant.
Faber, & alij, quos adduximus in noſtris ad
hanc lex. commentarijs ſub nu. 489. in fine,
nec opinamur neceſſariam eſſe Accurſij, &
aliorum communem expoſitionem inſtitui .i.
ſubſtitui, ſed arbitramur verbum inſtitui in
genere eſſe accipiendum, quatenus tàm ad
inſtitutionem, quàm ad ſubſtitutionem po-
teſt referri, vt omnes caſus comprehendat.
5 *interdum enim poſthumus nepos per Galli*
prouiſionem inſtituitur, interdum ſubſtitui-
tur, vt ex ſententia Emilij Perotti tradidi-
mus in eiſdem noſtris ad hoc principium com
mentarijs nu. 517. cū ſeqq. & dicam etiā in-
fra in §. idem credendum, & in §. in omnib.
6 *POSTHVMOS NEPOTES, ex filio*
ſc. maſculo, & in poteſtate, non ex filia,
qui ſimpliciter inſtitui non poterant, cum
ſimiles eſſent incertis perſonis §. poſthumo
inſt. de legat. vbi Theophilus.
7 *INDVXIT, cauendo ſc. non legem con-*
dendo, & ſic ſubtilitate potius, quàm au-
ctoritate, cum facultatem legis condendæ
non haberet, ſed tamen, quia, vt rectè dicit
Ant. Faber lib 9. coniectur. iur. ciuil. cap.
12. prorſus ignorabatur qua ratione poſſet
hic nepos inſtitui, cum teſtamenti tempore
eſſet alienus, & inſtitutionem ſic concipi
oporteret, vt ab initio conſiſteret, perinde fuit
8 *neceſſaria Galli formula atq; ſi nepos inſtitui*
antea non potuiſſet. Quid.n. intererat, inquit
Ant. Faber, vtrum inſtitui nullo modo poſſet,
an poſſet quidem, ſed tamen quomodo neſci-
retur? Gallus itaq; non induxit vt poſthumus
nepos inſtitui poſſet, ſed rationē, & modum
inuenit quo poſſet cautè inſtitui, qui conſiſtit
in ſubiecta formula.
SI FILIVS MEVS. omittitur hic filij in-
ſtitutio, quia non eſt pars formulæ, fit.n. com
muni iure l. inter cętera infra eodem.
VIVO ME MORIETVR, non mortuus
erit, quia verbo illo morietur, vt ſubtiliter
conſiderat Ant. Faber lib. 9. coniect. iur.
ciuil. capitulo 1. inſtans ipſius mortis de-
monſtratur quo inſtitui debet poſthumus ne-
pos, ne poſt mortem patris per momentum,
quidem reperiat ſe præteritum, & propterea
etiam ſubiungitur particula.
9 *TVNC. articulus enim, tunc, temporis ex-*
tremitatem ſignificans l. ſi his legatum §. vl-
timo de condit & demonſtr refertur ad in-
ſtans illud quo incipit poſthumi nepotis inſti-
tutio, ad excludendum, non ſolùm tempus
anterius quo inſtitui nepos hic non potuiſſet
tanquam alienus poſthumus, ſed etiam, quod
pauci obſeruarunt, vt inquit Ant. Faber,
tempus poſterius, in quo non niſi ſerò, & fru-
ſtra inſtitueretur poſthumus, qui iam ante
inſtitutionem factus eſſet ſuus, quiq; præ-
teritum ſe reperiret, & ſic daretur inſtans,
quo, & ſuus hæres fuiſſet, & præteritus.
10 *Cęterum in hac parte nō poſſum nimiam An-*
tonij Fabri, viri alioqui doctiſſimi, ſubtilita-
11 *tē probare, mortuo n. patre, poſthumus ne-*
pos non ſtatim efficitur auo ſuus hæres, ſed po-
12 *ſthumus ſuus, quod aliud eſt, nec poſthumi*
ſui præteritio rumpit teſtamentum, ſed nati-
uitas. l. 3. §. ex his infra titulo proximo §. po-
ſthumi inſtit. de exhæred lib. parum ergo
referre arbitror ſi dicatur morietur vel mor-
13 *tuus erit, & dictionis, tunc, vim conſiſtere in*
eo arbitror dumtaxat, quia apertè declarat ex
cludit tempus anterius, & omnem retrotrac-
tionem ad tempus teſtamenti, quod eſt inha-
bile, oſtenditq; ex eo tempore quo illius pater
mortuus eſt inſtitutum eſſe poſthumum nepo
14 *tem, non antea, non Arbitror tamen eundem*
articulum, tunc, ita neceſſarium fuiſſe, vt ſi
omittatur non rectè fiat inſtitutio poſthumi
nepotis ex conſilio Galli, nam ad excludendum
tempus poſterius nihil neceſſe eſt apponi, ex
his que modo diximus, quicquid dicat Faber,
15 *tempus autē anterius ſatis excluditur ex ipſa*
conditione ſi filius meus me viuo moriatur,
ante cuius purificationem nihil ponit in eſſe
arg. l. cedere diem ff. de ver. ſignif. nec dicas
ſatis neceſſariam fuiſſe appoſitionem particu
la,

*le, tunc, vt excluderetur retrotractio ad tem
pus testamenti, quia nec si d. particula omit-
tatur fiet retrotractio, cùm nulla æquitas hoc
suadeat, siuè ad commodum nepotis posthu-
mi instituti respiciamus, siuè ad validitatem
dispositionis, vbi verò deest æquitas ibi fictio,
& retrotractio cessat, vt per Bart. ad l. si is
qui pro emptore de vsucap. nu. 46. in fin. vbi,
& Ias. nu. 359. tradit plures allegans Excel-
lentiss. D. Io. Baptista Costa in suo tractatu de
portione Rata quæst. 133. nu. 6. & in tract.*
17 *de retrotract. cap. 6. num. 2. Præterea non est
locus retrotractioni, nisi concurrat habilitas
duorum extremorum, nimirum temporis à
quo incipit, & temporis ad quod refertur fi-
ctio l. quoties ff. de nouat. l. postquam ff. vt
legat. nomine caueatur cum alijs latissimè
congestis per eundem D. Io. Baptistam Co-
stã in d. tract. de retrotract. cap. 7. nu. 1. & 2.*
18 *Hæc igitur particula, tunc, magis necessaria
fuit in formula Galli, vt casus, in quo posset
fieri posthumi nepotis institutio, specialiter
exprimeretur, & ob sui perspicuitatem faci-
lius reciperetur, quàm in testatorum disposi-
tionibus, in quibus quamplurima verba for-
mulæ possunt omitti, dummodo conditones,
diligentissimè, & acurratè in formula ex-
pressæ. possint saltem elici, & concipi ex ver-
bis compendiosis, quibus testatores, ex consi-
lio Galli, nepotes posthumos instituentes, vtun
tur, vt latius in sequenti §. & in alijs vide-*
19 *bimus, Nec facit negocium l. ei qui soluen-
do infra de hæred. inst. adducta a Fabro, quia
non negamus quin articulus, tunc, possit si-
gnificare aliquod instans, ita vt & tempus
anterius, & posterius, excludat, vt in d. l. ei
qui soluendo, ita subiecta materia postulan-
te, quod forte non est in casu nostro, vbi quan-
do etiam admitteremus per d. particulam
excludi tempus posterius, vtiq; sentiremus
hoc fieri, non ob rationem a Fabro considera-
tam, ne sui posthumi præteritione rumpere-
tur testamentum, hãc. n. vim sola posthumi
præteritio non habet, vt supra docuimus, sed,
ne mortuo primo hærede viuo testatore, te-
stamentum ipsum caducum efficeretur iuxta
l. vnicam in princ. C. de cad. toll.*
20 *SI QVIS MIHI, quia mihi dicitur na-
sci, qui suus mihi nascitur, vt rectè docet
Spanoch. hic.*
*EX EO sc. filio masculo, & in potestate,
& me viuo, defuncto.*
21 *NEPOS SIVE QVAE NEPTIS,
quia neptis, quoq; , sublato de medio patre,
nascitur, & agnascitur auo, & rumpit testa-
mentum l. posthumorum infra titulo proxi-*
22 *mo, nec dicas, immo non rumpit testamentũ
præterita, sed admittitur per ius accrescen-
di, inst. in princ. vers. sed non ita, instit. de
exhered. lib. quia respondeo, illud habuisse
locum in suo tempore conditi testamenti,
quæ poterat, & debebat institui vel exhere-
dari saltem inter cęteros, ne ad illud ius ac-
crescendi admitteretur, non autẽ in posthuma
nepte aliena, quę, cum non posset institui,
non poterat dici propriè præterita, & prop-
terea, ne omni destitueretur auxilio, rũpebat
agnatione testamentum d. l. posthumorum, vt
latissimè declarauimus in nostris comenta-
rijs ad hoc principium a nu. 395. ad nu. 400.*
23 *POST MORTEM MEAM, noluit. n.
prouidere Gallus per suam formulam po-
sthumis nepotibus, qui nascerentur viuente
auo testatore, vel quia non potuit vel, vt
minus derogaret regulæ prohibitiuæ, quæ
suo tempore vigebat, & quia illis poterat
ipsemet auus rursus testando prouidere, casui
tamen, vbi nasceretur posthumus nepos viuo
auo, prouidit primũ caput legis Velleæ, de
quo agendũ est infra in §. nũc de lege Vellea.*
24 *IN DECEM MENSIBVS PROXIMIS,
quia, secundum communẽ cursum & ciuiles
constitutiones, mulieres partum in vtero vl-
tra id tempus non gestent, scribit, n. Aristot.
lib. 7. de natura animalium, quẽ profert
Coras. lib. 2. Miscell. cap. 21. vnum parien-
di tempus natura constitutum esse cæteris
animalibus, homini multiplex datum, Nam
septimo mense, octauo, & nono mulier parere
potest, &, quod sepissimè fit, decimo, non-
nulla etiam vndecimum sangunt, & Salamõ
sapientiæ 7. in ventre matris meæ, inquit,
figuratus sum caro, decem mensium tempore
coagulatus sum Plaut. in Cistellaria.*

Tùm illa quàm compresserat,
Decimo post mensem exacto, hic peperit filium.

*Et Ouid. lib. 1. fastorum, causam reddens,
cur Romulus annum decem mensium consti-
tuerit inquit.*

Quod satis est vtero matris dum prodeat infans.
Hoc anno statuit tempori esse satis,

Et lib. 3.

Annus erat, decimum, cũ luna receperat orbem.
Hic numerus magno tunc in honore fuit,
Seu quia tot digiti per quos numerare solemus,
Seu quia bis quino fœmina mense parit.

25 *Idem scribit Cicero in orat. pro Cluentio.
Hinc decimo mense legitimè hominem gigni
deue-*

decemuiri ſcripſerũt, vt Aulus Gellius lib. 3. Noct. Attic. c. 16. teſtatur; hinc etiam paſſim iura pro legitimo habẽt, naſcentem infra decem menſes: vt colligitur ex l. 3. §. vltimo. ff. de ſuis. & legit. ex l. vltima. ff. de fideicom. liber. ex l. vltima C. de poſth. hered. inſt. & ſimilib. Agũt hac de re latè DD hic, & alibi, & in primis Tiraquell. ad l. ſi vnquam C. de reuocand. donat. in verbo, ſuſceperit liberos nu. 210. Petr. Gregor. Tholoſ. in Syntagm. iur. vniuer. parte 2. lib. 9. cap. 26. nu. 22. nec non Ruſtic. in ſuo tract. de conditione ſi ſine liberis cap. 8.

QVIBVS FILIVS MORERETVR, ideſt, quorum decem mẽſium ratio eſt ineunda a die mortis filij; ex quo conceptus eſt, non a die mortis aui.

26 *HAEREDES SVNTO*, vel exheredes ſunto: attulit .n. exemplum Gallus dumtaxat de inſtitutione, ne videretur parentes ad filios exheredandos inuitare, & ex his exactius, (ni fallor) explicauimus hic principium eiuſmodi, quam ſupra in commentarijs nu. 303. cum pluribus ſeqq.

SVMMÆ RERVM, & verborum.

1 Conditio de morte filij poteſt omitti in formula Galli.

2 Salamonij expoſitio reprobatur.

3 Simplex dicitur inſtitutio, in qua nulla ſit expreſſa conditio.

4 Cuiacij emendatio non admittitur.

5 Conditio de morte filij omiſſa in Galli formula, debet poſſe colligi ex verbis.

6 Verbis concipere, & ex verbis concipere quomodo differant.

7 Accurſij exempla ad hunc tex. non omnia ſunt recipienda.

8 Exempla, in quibus conditio de morte filij non expreſſa, ex verbis colligitur.

9 Nepos, qui naſcitur ex filio, ſuperuiuente auo, ſuus non naſcitur.

---

§. I.

QVidam rectè admittendum credunt, etiam ſi non exprimat, de morte filij, ſed ſimpliciter inſtituat, vt eo caſu valeat, qui ex verbis concipi poteſt.



HIC tex. diuiditur in duas partes, in altera habetur prima Scęuolę interpretatio extenſiua ad Galli formulam, circa primam conditionem de morte filij: in altera habetur eiuſdem extenſiuę interpretationis declaratio, & moderatio. ſecunda ibi, vt eo caſu.

1 *QVIDAM RECTE ADMITTENDVM CREDVNT, ETIAM SI NON EXPRIMAT DE MORTE FILII*, ſenſus eſt, vt is, qui ex conſilio Galli inſtituit poſthumum nepotem, poßit omittere primam illam conditionem, ſi filius me viuo moriatur, & nihilhominus valeat inſtitutio, quaſi eiuſmodi conditio fuerit adiecta. id quod ap-

2 probat Scęuola, quicquid dixerit Salamon. hic nu. 14. dictio .n. rectè ad verbum credũt non ad verbum admittendum referri debet, ad quod non poteſt æquè commodè referri, ſi paullò accuratius perpendatur.

3 *SED SIMPLICITER INSTITVAT.* vt puta filius hæres eſto; qui mihi ex filio nepos poſt mortem meam naſcetur, hæres eſto, vt placet Aemilio Feretto Eguinario, Baro. Taurell Duare. Cuiac. & alijs eruditioribus, & ſic appellatur ſimplex inſtitutio in qua nulla ſit expreſſa conditio, vel in qua non ſit expreßa conditio de morte filij, quæ tamen de morte filij conditio, & aliæ in formula comprehenſæ intelligi, & colligi debẽt ex verbis, quibus teſtator nepotem poſthumũ ſimpliciter inſtituit. argumento l. ſtipulationes commodiſſimum ff. de verb. obligat & ideo ſubdit Scæuola.

4 *VT EO CASV VALEAT, QVI EX VERBIS CONCIPI POTEST.* Hæc pars vario modo legitur, & multipliciter intelligitur, ſunt .n. qui putant dictionem, ex, abundare, teſtantes, vt facit Cuiac. hic plura ſimilia loca in Pandectis Florentinis reperiri, in quibus hæc eadem particula abundat, quamobrem, vel delendam eſſe opinatur Cuiac. vel legendum, qui & verbis concipi poſſit. quod tamen ego temerè non admitterem contra vulgatam, & receptam

5 Pandectarum Florentinarum lectionem: ſed interpretarer, vt eo caſu valeret, ad quem, ſc. reſtricta eſt Galli formula, qui ex verbis concipi poſſit. qui tamen caſus debet poſſe concipi, ideſt colligi, & intelligi ex verbis ſc. quibus vtitur teſtator, dum ſimplicem facit inſtitutionem ex conſilio Galli, non adiecta ſc. expreſſa conditione de morte filij,

vt

vt rectè, mea quidem sententia, intelligit hic Aemilius Perott. & post eum Angel. Span-nocch. nec non Antonius Faber lib. 9. coniect. iur. ciuil. cap. 12. ex verbis n. concipi, est ex verbis elici, & intelligi: verbis autem concipi, est per verba exprimi, ex hac igitur expositione, secundum quam refero illud ex verbis concipi possit, non cum Accursio ad verba formulæ Galli, sed ad verba testatoris simpliciter instituentis, infero non esse
7 *satis quamcunq; posthumi neptis institutionem, secundum varia Aenrsij exempla; sed necesse esse, ex verbis simplicis institutionis, in qua non est facta expressa mentio de morte filij, colligi neptem posthumum institutũ esse vbi suus nascatur, & post mortem testa-*
8 *toris, vt in exemplo supra posito, & in alijs de quibus, in §. quid si is infra eadem lege, vt puta si quis instituat nepotem, qui suus sibi post mortem nascatur: vel quidquid mihi liberorum natum erit post mortem: aut quicunq; natus fuerit sit institutus, si suus heres nascatur, ex omnibus n. eiusmodi conceptionibus verborum, a quibus abest conditio de morte filij, colligitur posthumum nepotem eo tantum casu institutum esse, quo nascatur suus, quod fieri non potest, nisi prædecedat pater illius, viuente auo, & post mortẽ aui nascatur ipse nepos, nepos. n. qui ex filio superuiuente ipsi testatori nascitur, nec sibi, nec suus nascitur testatori scilicet, sed patri superuiuenti.*

SVMMÆ RERVM, & verborum.

1 *Formula Galli non reprehenditur, sed recipit interpretationem extensiuam.*
2 *Pronepos quoq; ex nepote viuo, filio mortuo, potest ex consilio Galli institui.*
3 *Pronepos, ex nepote mortuo viuo filio, potest Aquiliana formula institui.*
4 *Pronepos, etiã viuo filio, & nepote, rectè ex consilio Galli instituitur, si prius nepos, deinde filius, viuo testatore, moriatur.*
5 *Præteritione filij masculi, existentis in potestate, testamentum erat nullum, non autem præteritione filiæ fœminæ, vel aliorũ liberorum, licet essent in primo gradu patriæ potestatis, admittebantur enim per ius accrescendi ad quandam portionem.*
6 *Principium Inst. de exhered. liber. declaratur.*
7 *Differentiæ ratio inter nepotẽ suum hæredem futurum tempore conditi testamenti, & eum qui post testamentum conditum auo agnascitur.*
8 *Præteritio eius, qui ex debito legali institui debet, est tacita exhæredatio.*
9 *Exhæredatio tacita, quæ satis non erat in filio, tollerabatur, in filia, & cæteris liberis, qui tamen admittebantur ad quandam portionẽ per ius accrescendi.*
10 *Præteritus propriè dici non potest, qui nec institui, nec exhæredari potest.*
11 *Grauatus in vno debet in altero releuari.*
12 *Nepos, quem pater præcedit, si non instituatur, non dicitur propriè præteritus.*
13 *Nepos, quem pater præcedit, est quasi posthumus alienus, ideò institui non potest.*
14 *Nepotes, etiam iure antiquo, in locum patris succedendo, efficiebantur sui, & rumpebant testamentum.*

§. II.

IDem credendum est Gallum existimasse & de pronepote: vt dicat testator, si me viuo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos, & cętera. Sed & si viuo filio, iam mortuo pronepote, cuius vxor pregnans esset, testamentum faceret: potest dicere. Si me viuo filius decedat, tunc qui pronepos. Nam si & filius & nepos viuat, concipere vtrisq; mortuis, viuo se, tunc, qui pronepos nascetur? quod similiter admittendum est. ita sanè, si prius nepos, deinde filius decederet, ne successione testamentum rumperetur.



IC tex. secundam continet Aquilianæ formulę extensiuam interpretationem circa verbum, nepos, an scilicet quod dictum est in formula, de nepote, possit intelligi dictum etiã de pronepote, & potest commodè diuidi in quatuor particulas, in prima ponitur

ſimplex extenſio ẽt ad pronepotẽ, in ſecunda
ponitur exẽplũ de ꝓnepote, in casũ mortis ne
potis, inſtituendo, in ſecũda de eodẽ pronepote
inſtituẽdo in caſu mortis filij, in tertia in casũ
mortis vtriuſq; , ſecunda ibi, vt dicat, tertia
ibi. ſed, & ſi viuo, quarta ibi, num ſi, & filius.
1 IDEM CREDENDVM EST GALLVM
EXISTIMASSE ET DE PRONEPOTE.
interpretatur ergo Sceuola Galli mentem,
non autẽ reprehendit, aut ſupplet defectum
ipſius, vt opinatur. Accurſ. pleniſſima eſt. n.
Galli formula, & omni caret defectu.
2 VT DICAT TESTATOR SI ME VIVO
NEPOS DECEDAT, TVNC QVI EX
EO PRONEPOS, ET CETERA.
ideſt, poſt mortem meam in decem menſibus
proximis, quibus nepos meus moreretur na-
tus eſt, hæres eſto, vt ſupra in formula Gal-
li, & hoc, eſt primum exemplum, quod locũ
habet quando quis habet ex mortuo filio ne-
potem tantùm, ex quo vult inſtituere poſthu
mum pronepotem ex conſilio Galli, verùm
quia idem eſſet ſi quis haberet filium viuen
tem, & ex nepote mortuo vellet, ex conſilio
Galli, pronepotem inſtituere ſubdit.
3 SED, ET SI VIVO FILIO MORTVO IAM
NEPOTE. legi debet, vt in vulgatis codicib.
non pronepote, vt legitur in Pandectis Flo-
rentinis. in quibus in hac parte eſt error ma-
nifeſtiſſimus, vt Taurellus, Cuiacius, &
alij obſeruant, & quilibet facilè poteſt co-
gnoſcere, & admittere, niſi velit ex prone-
pote pronepotem dici.
EIVS VXOR PREGNANS ESSET
TESTAMENTVM FACERET:
POTEST DICERE. SI ME VIVO
FILIVS DECEDAT, TVNC QVI
PRONEPOS. poſt mortem meam, ſz.
in decem menſibus proximis quibus nepos
meus moreretur natus erit, hæres eſto, &
hoc eſt ſecundum exemplum, quod difficulta-
tem non patitur, ſubdit deinde tertiũ exem-
plum, in quo maior eſt difficultas per modũ
quæſtionis dicens.
4 NVM SI ET FILIVS ET NEPOS
VIVAT, CONCIPERE VTRISQ;
MORTVIS, VIVO SE, TVNC. QVI
PRONEPOS NASCERETVR? poſſit
ſz. proauus, et huic q̃ſtioni reſpõdet Sceuola.
QVOD SIMILITER ADMITTENDVM
EST. ſed ſubdit huius reſpõſionis modera-
tionem dicens.
ITA SANE, SI PRIVS NEPOS
DEINDE FILIVS DECEDERET. NE
SVCCESSIONE TESTAMENTVM
RVMPERETVR. ſed dixeris, quo pa-
cto poterit nepos ſuccedendo in locum filij,
5 quia efficiatur ſuus rumpere teſtamentum?
ſi ſolummodo præteritione filij maſculi, exi-
ſtentis in poteſtate, non autem filia vel alio-
rum per virilem ſexũ deſcẽdentium iniuſtum
efficiebatur teſtamentũ, vt dicitur in princip.
inſtit. de exhæred. liber. in verſ. ſed non ita:
filiæ. n. feminæ, & vlteriores liberi. vbi olim
ſilentio inuoluebantur, teſtamentum non in-
firmabatur, ſed ius accreſcendi eis ad certam
portionem præſtabatur. vt habetur in d. prin
6. cipio vbi Theophil. plenè declarat. Reſpon-
deo nepotes, & vlteriores, qui ſui erant tem-
pore conditi teſtamenti, quiq; poterant inſti-
tui, ſi erant preteriti non efficiebant iniuſtum
teſtamentum, ſed admittebantur per ius ac-
creſcendi, & in his terminis vendicat ſibi lo-
cum d. principium, Nepotes autem, & ce-
teri deſcendentes per virilem ſexum, qui
tempore conditi teſtamenti non poterant in-
ſtitui, neq; exhæredari. quia aliquis eos præ-
cedebat, agnatione rumpebant teſtamen-
tum, & in his terminis loquitur vniuerſa hæc
7 noſtra lex, diuerſitatis autẽ ratio poteſt eſſe
eiuſmodi. Ille qui erat ſuus tempore conditi
8 teſtamenti, & poterat, & debebat inſtitui a
teſtatore, & propterea, quando non erat in-
9 ſtitutus cenſebatur tacitè exhæredatus, &
quamquàm tacita exhæredatio non ſufficiebat
eo iure in filio, debebat. n. nominatim inſtitui,
vel exhæredari. alioqui teſtamentum non va-
lebat, tollerabatur tamen in filia, & in nepo-
tibus, vel alijs liberis vlterioris gradus, cùm
ea tamen moderatione, vt per ius accreſcendi
ad dimidiam partem, vel ad virilem cum
ſcriptis hæredibus admitterentur, ſecus au-
tem in nepotibus non ſuis tempore conditi
10 teſtamenti, quia, cùm non poſſent inſtitui,
nec exheredari, nec poterant propriè dici
præteriti, vt videtur colligi ex hoc tex. no-
ſtro, & conſequenter, nec expreſſè nec tacitè
erant exhæredati, vel excluſi, & ideò ratio-
ni conſentaneũ erat, vt ſaltem, quando agna-
ſcerentur rũperent teſtamentũ, in quo veri-
ſimiliter non ideò non erant vocati, quia te-
ſtator voluerit eos exheredare, ſed quia inſti-
11 tui ab eo non potuerunt, quamobrem, cùm a
lege in eo eſſent grauati alieni, vt non poſſent
inſtitui, rationi ſatis conſentaneum videbatur
eoſdẽ in hoc releuari, vt ſi ſui fierent, natiuita
te, vel ſucceſſione. illud rumperent teſtamẽtũ,
in quo inſtitui non potuerunt, & cum hac
declaratione, licet in hac materia variauerit,
videtur conſentire Anton. Faber lib. 9. con-
iectur.

12 *lectur. iur. ciuil. cap. 13. Ex hoc igitur tex.*
& ex hac nostra declarararatione tria possunt
colligi obseruatione dignissima. Primum sz.
nepotem viuentem, quem pater antecedit,
de quo mentio in testamento nulla facta est,
præteritum propriè dici non posse, cùm præ-
teriti propriè ij dicantur dumtaxat, quibus
ex debito legali debetur institutio. & ideò
successione, & quasi agnatione sui hæredis
dicuntur rumpere testamentum. vt patet
13 *hic. Alterum est, nepotem viuentem,*
superstite etiam filio, potuisse quidem vtiliter
antiquitus institui, ita tamen, vt vbi succes-
sione suus efficeretur, et institutus rumperet
testamentum. quamobrem is, qui filium ha-
bebat, & ex filio nepotem, non poterat ita te-
stari vt illius testamentum non subijceretur
ruptelæ, nam si viuente auo testatore, mortuo
patre, suus efficiebatur, quia mutabat quali-
tatem sine facto testatoris, non modò vbi erat
præteritus, sed etiam quando erat institutus
vel nominatim exhæredatus, rumpebat testa
mentum. & propterea dixit Sçæuola, ad hoc
vt conseruaretur testamentum in quo fuisset
pronepos ex consilio Galli institutus, necessariũ
fuisse, vt nepos ante filiũ moreretur. alioquin
n. successione necessariò rumpebat testamen-
tum. vt latius, & opportunius declarabi-
mus in §. sequenti parte, infra hac eadem le-
14 *ge. Illud etiam tertio obseruandum est, ne-*
potes etiam ex iure antiquo ante legem Vel-
leam, in demortui filij locum succedentes,
suitatis ius adeptos esse, cuius virtute testa-
mentum rumperent, vt supra demonstratum
est. Tertium autem & vltimum exemplum
potest suppleri hoc modo, si me viuo filius,
& nepos moriantur, tunc, si quis post mor-
tem meam mihi ex nepote pronepos natus
fuerit, hæres esto. Sed veniendum est ad §. &
quid si tantum.

SVMMÆ RERVM, & verborum.

1 *Interdictio aquæ & ignis, quando & quomodo locum haberet.*
2 *Deportatio in insulam successit in locum interdictionis aquæ, & ignis.*
3 *Deportati pro mortuis habebantur.*
4 *Petere est percutere, & ferire.*
5 *Deportatione, & interdictione fit irrita hæredis institutio, & soluitur patria potestas.*
6 *Emancipatione tollitur suitas.*
7 *Conditio de morte filij cur extendatur ad emancipationem nepotis non filij?*
8 *Emancipatione filij non fit irrita illius hæredis institutio.*
9 *Nepos institutus ex consilio Galli nunquam potest cum patre admitti.*
10 *Emancipatio facit filium hæredem, de suo & necessario voluntarium & nu. 14.*
11 *Filio adeunte, spirat, & euanescit institutio posthumi nepotis ex consilio Galli.*
12 *Filio instituto, nepote præterito, & pronepote ex Galli consilio instituto, si nepos emancipetur anteaquàm filius moriatur, locus est successione Aquiliana, perinde ac si prius mortuus esset nepos, deinde filius.*
13 *Antonij Fabri ratio reprobatur.*
14 *Manumissio facit seruum institutum de necessario, voluntarium.*
15 *Hæredis qualitate mutata sine facto testatoris, fit irrita hæredis institutio.*
16 *Lex certum §. filia ff. de iniust. rupt. & ir. fac. test. declaratur.*
17 *Emancipationes filij, trinę olim etiam singulis diebus fieri poterant.*
18 *Lex Vellea de natis tantùm viuo testatore loquitur.*
19 *Antonij Goueani sententia improbatur.*
20 *Formula magistralis Galli recipit interpretationem extensiuam, de morte naturali ad ciuilem, de nepote ad pronepotem: non formula dispositiua qua vtitur testator.*

---

§. III.

ET quid si tantum in mortis filij casum conciperet? quid. n. si aquæ, & igni interdictione peteretur? quid si nepos, ex quo pronepos institueretur, vt ostendimus, emancipatus esset? hi enim casus, & omnes ex quibus suus hæres post mortem scilicet aui nasceretur, non pertinent ad legem Velleam, sed ex sententia legis Velleæ & hæc omnia admittenda sunt, vt ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint.



ERTIAM ſcribit hic Scæuola formulę Galli ampliatiuam interpretationem, dum
explicat verbum, moriatur, & quęrit, cum Gallus non meminerit niſi de institutione nepo-
tis in caſum mortis filij, quod pertinet etiam
ad inſtitutionem pronepotis in caſum mortis
nepotis, quid iuris ſi filius deportaretur, vel
nepos emanciparetur? diuiditur itaq; hic
§. ad mentem Baldi, in tres partes, in prima
quęritur quid iuris de duobus caſibus propo-
ſitis, in ſecunda reſpondet tacitę obiectioni in
tertia decidit eaſdem propoſitas quæſtiones
per interpretationem extenſiuam, ſecunda ibi.
hi enim, tertia ibi, ſed ex ſententia, inquit
ergò Scęuola quęrendo.

ET QVID SI TANTVM IN MORTIS FILII CASVM CONCIPERET? teſtator ſz. ſecundum formulam Galli, in qua
conditio dumtaxat de morte filij exprimitur.

QVID ENIM SI AQVAE, ET IGNIS INTERDICTIONE PETERETVR?
ideſt feriretur pœna, qua interdicebatur
2 olim aqua, & igni: hac.n. pœna, vt docet
Emil. Perot. hic nu. 1. in fine, vſi ſunt priſci Romani in liberos homines, quos ſuppli-
cijs affici, vitaq; mulctari nollent, vt eis vrbis,
& ciuium communionem hac ratione interdicerẽt, qua de re, poſt Lactantium diuinarum
inſtitutionum lib. 2. Budeus ad l. penult. ff.
de donat. inter vir. & vxorem. interdictio n.
vſus earum rerum quibus vita hominis cohæ-
leſcit, & conſtat, perinde habebatur, ac ſi
eßet, qui eam ſententiam excepißet, morte
multatus, in cuius pœnæ deinde locum ſuc-
ceßit in inſulam deportatio, vt eſt auctor
Vlpian. in l. 3. ad legem Iuliam Peculat,
3 quam pęnam qui patiebantur loco mortuo-
rum habebantur l. 1. §. quidam filium infra
de bonorum poſſeſſ. contra tab. §. 1. inſtitut.
4 quibus mod. ius patr. pot. ſolu. In nonnullis
codicibus legitur hic verſiculus. Quid.n. ſi
aqua, & ignis interdictionem pateretur?
quę lectio magis probatur aliquibus hic, ego
tamẽ non puto recedendum eſſe a lectione
Pandectarum Florentinarum, non.n. ineleganter dicimus, quaſi percuſſione quadam,
pęna peti, quemadmodum bos cornu petere
dicitur in princ. inſtit. ſi quadrupes pauper.
feciſſe dicatur, petere n. eſt etiam percutere,
& ferire, vt apud Liuium lib. 22. Hiſpano
punctim magis quam cęſim aſſueto petere hoſtem, & apud Virg. Eglog. 3. Malo me Ga-
latea petit, nec non apud Suetonium in Tyb.
Miſſum in arenam Aprum iaculis deſuper
petijt Quicquid ſit quæritur hic an conditio
de morte filij extendatur ad mortem ciuilem interdictionis aquę, & ignis, idq; quia,
5 dum hæres hanc pœnam patitur, fit irrita hę-
redis inſtitutio l. 1. §. penultima infra de
bonorum poſſeſſ. contra tab, iuncta l. 1. ſupra
tit. prox. & tollitur de medio filius, quo ad
patriam poteſtatem, & ſuitatem ita vt, nepos naſcatur ſuus, perinde ac ſi illius pater
mortuus eſſet.

QVID SI NEPOS, EX QVO PRONEPOS INSTITVERETVR, VT OSTENDIMVS ſupra ſcilicet in §. idem
credendum in vltimo caſu.

6 EMANCIPATVS ESSET. quo
caſu pariter nepos emancipatus, quo ad ſuitatem, & patriam poteſtatem de medio tol-
litur, perinde ac ſi moreretur, an ſz. condi-
tio de morte eius per emancipationem intel-
7 ligatur purificata? ſed hic oritur non leuis
dubitatio, cur, quando loquitur Scęuola de
emancipatione, illam ad nepotem refert, ſe-
cundum caſum §. idem credendum in fine, vbi
autem ad filium ſecundum caſum principij
legis noſtræ? Huius rei optimam, niſ allor, rationẽ reddit hic Lelius Taurell. cum quo &
8 Emilius Perot & Cuiac. conſentiunt. E:nim,
ſi filius inſtitutus emanciparetur, non ideo fie-
ret irrita hæredis inſtitutio § vltimo infra
hac eadem l. noſtra facit l. 1. § ſi filius infra
9 de ſuis, & legit. & propterea, eo (cum quo
nunquam poteſt ſimul admitti poſthumus
nepos l. cum in teſtamento in principio infra
10 de hęred. inſtit.) adeunte ſponte hęreditatem, cùm poſt emancipationem non ſit am-
11 plius ſuus & neceſſarius hæres, ſpirat vul-
garis ſubſtitutio ſingulariter expreſſa, facta
in perſona nepotis, qui tamquàm, præteritus
eo caſu rumpit teſtamentum, vel ſi neget
cum Goueano, Cuiacio, Ant. Fab. & alijs ſub
ſtitutionem eſſe, euaneſceret eodem modo nepotis inſtitutio defectu conditionis, ita vt
ſemper præteritus rumpat teſtamentum, ſed
12 quando inſtitutus eſt filius, præteritus nepos,
& ex conſilio Galli pronepos ſubſtitutus, ſi
nepos emancipetur, & ſic tollatur ſuitas, cu-
ius virtute potuiſſet rumpere teſtamentum
poſt mortem patris ſui, teſtatoris filij, & fi-
lius mortatur, locus eſt ſucceſſioni per formulam Galli, perinde ac ſi primum eſſet
13 mortuus nepos, deinde filius, vt requirit §.
idem credẽdum in fin. Hęc autem ratio magis
mihi

mihi probatur quàm ratio reddita ab Ant. Fabro lib. 10. coniect. iur. ciuil. cap. 15. quia sz. filia, & nepotes emancipati, cum vna emancipatione exeant de potestate, testamentum non rumpunt l. certum est §. filia infra tit. proximo, filij autem masculi, cum trina emancipatione exeant de patria potestate, vt colligitur ex vlp. in fragm. tit. 23. vers. agnascitur, vbi Cuiac. emancipatione rumpũt testamentum, vt videtur inferri etiam a contrario sensu ex d. §. filia: Etenim ego non possum ratione aliqua mihi persuadere, quicquid dicat Faber, filium institutum, illud, in quo sit institutus, emancipatione rumpere testamentum, præsertim cum aperte habeatur in §. vltimo infra eadem l. nostra institutum
14 filium, emancipatione fieri ex hærede suo, & necessario extraneum, & voluntarium, non autem testamentum rumpere, quemadmodũ
15 in simili seruus institutus, manumissione non rumpit testamentum, sed de necessario hærede fit voluntarius, vt idem Ant. Faber. ad-
16 mittit in d. c. 15. vbi alijs, & pluribus exemplis ostendit, ex mutatione personæ hæredis non fieri irritum testamentum, vt in l. filio §. vltimo supra hoc eod. tit. nostro, & in l. si quis hæres infra tit. proximo, quod verissimũ est vbi mutatio qualitatis hæredis fit ex voluntate, & facto testatoris, vt infra fusius demonstrabimus, secus autem si casu, & citra factum testatoris, quod hactenus, nec Faber, nec alij cognouerunt, tunc. n. mutatione qualitatis hæredis fit irrita hæredis institutio, & hanc ob causam fuit necessarium se-
17 cundum caput legis Velleæ. Illud autẽ quod potest colligi a contrario sensu ex d. §. filia, est, vt. si filius in testamento condito post primam vel secundam emancipationem
18 (trinæ. n. emancipationes filiorum fiebant etiam singulis diebus, & corã diuersis testibus, vt docet Paul. I. C. lib. 2. recep. sentent. tit. 25. qui inscribitur queadmodum filij sui iuris efficiuntur vbi Cuia.) fuerit præteritus, secunda vel tertia emancipatione. per quas rursus patri agnascitur, rumpatur, non autem quod factum est ante omnes emancipationes, quod nullum est, si in eo sit præteritus filius, instit. in princ. de exhæred. lib. si vero in eo sit institutus subsistit, ita vt emancipatio solummodo sit in causa vt ex suo, & necessario hærede fiat voluntarius, vt colligitur ex §. vltimo infra eodem vbi latius declarabimus. Verùm quia potuisset quispiã credere huiusmodi casus interdictionis aquæ, & ignis, & emancipationis ad legem Velleam pertinere, remouet deinde Scæuola hanc dubitationem dicens.

19 HI ENIM CASVS, ET OMNES. EX QVIBVS SVVS HERES POST MORTEM SCILICET AVI. NASCERETVR. NON PERTINENT AD LEGEM VELLEAM. propterea quòd lex Vellea de natis viuo testatore tantum loquitur, vt infra videbimus, sed quia potuisset, quispiam obijcere Scæuolæ huius responsi Auctori, quid aquæ, & ignis interdictionem, quid emancipationem hic misces? non ne lege Vellea omnes casus comprehensi sunt verbis illis generalibus, quis ex suis hæredibus suus esse desierit? sed inquit, ad legem Velleam non pertinent casus, quibus suus hæres post mortem nasceretur. subdit deinde.

20 SED EX SENTENTIA LEGIS VELLEAE ET HAEC OMNIA ADMITTENDA SVNT, VT AD SIMILITVDINEM MORTIS CETERI CASVS ADMITTENDI SINT. Hic oritur non leuis difficultas, nimirùm, quo pacto hi casus, qui ad legem Velleam non pertinent, admittantur ad similitudinem mortis ex sententia legis Velleæ? sunt, qui opinantur, inter quos est Goueanus hic, ea verba, ex sententia legis Velleæ, spuria esse, &, ex interpretatione alicuius imperiti, in textum irrepsisse, sed mihi magis probatur
21 aliorum sententia, & præsertim Antonij Fabri lib. 9. coniectur. iur. ciuil. c. 3. qui distinguit inter formulam Galli, quæ est quædã cautio, & exemplum dispositionis, & inter formulam, qua vtitur disponens, & testator, formula. n Galli, quæ concepta est solummodo de morte filij, ex sententia eiusdem Galli per interpretationem extensiuam producta est etiam ad interdictionem aquæ, & ignis, & ad deportationem, & similes mortes ciuiles, per quas dissoluitur patria potestas, sensus est, vt ex verisimili mente Galli, quemadmodum potest auus posthumum nepotem instituere, si filius se viuo moriatur, ita quoq; potest eundem instituere, si se viuo deportetur, vel ab hostibus capiatur, cùm eiusdem Galli mens fuerit ne agnatione posthumi nepotis rumperetur testamentum, cæterum hæc interpretatio extensiua formulæ Galli non poterat efficere, vt si testator solummodo in casum mortis nepotem posthumum instituisset censeretur etiam institutus in casum deportationis, vel captiuitatis filij, argumento l. commodis.

modiſſimè. ſupra eodem tit. noſtro. hoc autẽ factum eſt, vt inquit Anton. Faber, non propter vim formulæ Aquilianæ, quæ ſanè manca eſt in hac parte, cum ſolum mortis caſum exprimat, ſed poteſtate legis Velleę, quę admittit inſtitutionem poſthumi etiam alieni, etiam nati viuo auo, aut patre. Quamquam. n. ſupplere potuit per interpretationẽ mentis eiuſdem Galli, vt quod ipſe de mortis caſu expreſſit, idem de cæteris caſibus morti ſimilibus exprimendis ſenſiſſe videretur, hoc eſt vt quemadmodum poteſt auus ex ea conditione inſtituere nepotem, ſi filius viuo ſe morietur: ita etiam poſſet ex illa, ſi filius viuo ſe deportabitur, aut ab hoſtibus capietur: Attamen, formulam diſpoſitiuam inſtitutionis à teſtatore factæ in caſum dumtaxat mortis filij, ſupplere non potuerunt, & ad alios caſus non expreſſos extendere, ſi quidem, vt dicit Faber, lõge facilius eſt ſupplere cautionem & formulam Galli Aquilij, vt permittatur auo alijs verbis inſtitutionem concipere, dummodo ex verbis apparere poſſit inſtitutum nepotem ex eo tempore quo ſuus eſſe incipiat: quàm ſupplere diſpoſitiuam formulam inſtitutionis. fieri .n. hoc nequit quin voluntas teſtatoris ſuppleatur. Non .n. ideo quia in §. idem credendum. ſupra ſtatutum ſit ex mente Galli, quemadmodum poteſt inſtitui nepos poſthumus, vt poſſit etiã inſtitui poſthumus pronepos, ſi auus nepotem inſtituerit, cenſebitur etiam pronepotẽ inſtituiſſe. vt rectè conſiderat idem Anton. Faber in d. c. 15. quem ſequor in hac parte.

SVMMÆ RERVM, & verborum.

1 *Lelij Taurelli interpretatio reprobatur.*
2 *Bartoli interpretatio ſupponentis, Scæuolam feciſſe tranſitum inaduertenter de ſingulari ad pluralem non improbatur.*
3 *Goueani emendatio probatur, & coniectura adiuuatur.*
4 *Alciati emendatio, ab omnibus reprobata non recipitur.*
5 *Antonij Fabri emendatio non recipitur.*
6 *His tex. neceſſariò emendandus, ne implicet contradictionem.*
7 *Emendatur nouiter ex ſententia Auctoris, & declaratur.*
8 *Mortuus apud hoſtes, fingitur mortuus prima hora captiuitatis.*
9 *Patriæ poteſtatis ius pendet, quamdiu pater viuit apud hoſtes.*
10 *Nepos, cuius pater ſit apud hoſtes, non efficitur ſuus auo ante mortem patris.*
11 *Pandectæ Florentinæ fuerunt eo tempore ſcriptæ, quo nullam receperant interpretationem, & ideò non ſunt eo colore delenda illarum verba, quaſi ex gloſ. in tex. irrepſerint.*
12 *Pandectæ Florentinæ probabiliùs emendantur additione, vel mutatione alicuius verbi, quàm ſi aliqua verba deleantur, & tollantur.*
13 *Lex Vellea ad regulam & rationem Galli ſe accõmodans, multos caſus rumpendi abſtulit.*
14 *Formula Galli eſt plena, nec eam exemplum de nepote reſtringit.*
15 *Nepos non efficitur ſuus auo, niſi ſecuta morte naturali patris apud hoſtes, licet fingatur mortuus prima hora captiuitatis, ne detur fictio fictionis.*
16 *Fictio non datur, niſi vbi eſt æquitas.*

§. IIII.

QVid ſi qui filium apud hoſtes habebat teſtaretur? quare non induxere, vt, ſi anteaquam filius ab hoſtibus rediret, quamuis poſt mortẽ patris, decederet: tũ deinde nepos, vel ẽt adhuc illis viuis poſt mortẽ ſz. aui naſceretur, non rumperet? nam hic caſus ad legẽ Velleam non pertinet. melius ergo eſt vt in eiuſmodi vtilitate, pręſertim poſt legem Velleam quæ & multos caſus rumpendi abſtulit, interpretatio admittatur, vt inſtituens nepotem qui ſibi poſt mortem ſuus naſceretur, rectè inſtituiſſe videatur, quibuſcunq; caſib. nepos poſt mortẽ natus ſuus eſſet, rumperetq; pręteritus. atq; etiam ſi generaliter quidquid ſibi liberorum natum erit poſt mortem: aut, quicunq; natus fuerit, ſit inſtitutus, ſi ſuus naſceretur.



IC verborum contextus, qui continet aliam interpretationem extensiuam illius conditionis in formula Galli apposita, si me viuo filius meus moriatur, potest commodè diuidi in quatuor particulas, nam in prima monet quæstionem circa casum non comprehensum in formula Galli: in secunda satisfacit tacitæ obiectioni: in tertia decidit quæstionem propositam: in quarta, & vltima decisione ampliat, & pleniùs interpretando extendit. secunda ibi: nam hic casus. tertia: ibi, melius ergo. quarta ibi. atq; etiam si generaliter. Redeo ad primam partem.

QVID SI QVI FILIVM APVD HOSTES HABEBAT, TESTARETVR? QVARE NON INDVXERE, VT SI ANTEAQVAM FILIVS AB HOSTIBVS REDIRET, QVAMVIS POST MORTEM PATRIS DECEDERET: TVNC DEINDE NEPOS, VEL ETIAM ADHVC ILLIS VIVIS, POST MORTEM SCILICET AVI NASCERETVR, NON RVMPERET? *sensus est si filium habeo apud hostes, & ex eo nurũ pregnantẽ domi. & nepotem posthumum ex nuru post mortem meam nasciturũ instituo, & filius apud hostes decesserit, etiam si decesserit post mortem meam, quia nihilominus virtute legis Corneliæ, cùm intelligatur mortuus prima hora captiuitatis, censetur mortuus me viuo, an sic admittenda hæc nepotis posthumi institutio?*

1 *Sed maxima difficultas est circa verba illa, vel etiam adhuc illis viuis, quæ, cùm sint concepta in numero plurali, non possunt referri ad filium apud hostes. Huic difficultati, vt satisfaciant interpretes, pluribus modis respondent, Lelius Taurell. putat Scæuolam eo loci agere de casu pronepotis, vt quod sc. de nepote dicitur, intelligatur etiam dictum de pronepote, ita vt explicandum sit, vel adhuc illis viuis idest patre, & auo apud hostes: & quod dicitur, post mortem scilicet aui idest proaui testatoris nasceretur, sed nihil durius excogitari potest, potius igitur respondendum est cum Bart. hic Scæuolam, cùm parùm aduertisset, fecisse transitum de singulari ad pluralem, quod sæpe excidisse auctoribus testatur Cuiac. hic, qui eandem sententiam probat, dixit ergo inaduertenter Scæuola. vel adhuc illis viuis, cùm dicere debuisset adhuc illo viuo, & certè sæpe vsu venit, vt in scribendo fiat hic transitus de vno numero ad alium. Vel cum Goueano dicendum est errorem scriptoris fuisse, qui in locum verborũ, vel adhuc, illo viuo scripserit, vel adhuc illis viuis, quod facilè potuit accidere: cùm Pandectarum Florentinarum scriptor fuerit quidam Græcus, latinarum litterarum ignarus, qui facile potuit accipere literã, O, apertum pro, I, &, S, Alciati autem emendatio quam omnes reprobant, ego non possum*

5 *admittere. Ea verò quam pluribus conatur nobis persuadere Anton. Faber. lib. 9. coniectur. iur. ciuil. cap. 4. qui delendam esse arbitratur particulam illam (post mortem, scilicet aui) quiq; Triboniano adscribit duas vltimas particulas huius §. nimirùm a verbo Melius, vsq; ad finem, audacior est, quàm quod a nobis recipi debeat, vt ipsemet sentire in vestibulo illius capitis videtur.*

6 *Quamobrem, si mihi quoq; coniectura aliqua probabili vti licet, non diffiteor in primis textum hunc corruptum esse, quod facilè omnes admittunt, propterea quod, si legamus vel etiam adhuc illis viuis post mortem sc. aui. est manifestissima implicatio inter hæc verba: fieri. n. nullo modo pōt, vt illis viuis idest*

7 *patre, & auo, nepos post mortem aui nascatur. Coniectura ergo mea est, vt scriptor omiserit solummodo particulam. vel. Sentio igitur legendum esse hoc modo, Quamuis post mortem patris decederet: tunc deinde nepos, vel etiam adhuc illis viuis. vel post mortem, scilicet aui nasceretur, ita ut tres casus comprehendantur, Primus est, quando nepos institutus ex consilio Galli, nascitur post mortem patris apud hostes, & post mortem aui, & sic post mortem vtriusq; Secundus quando nascitur vtrisq; viuis, Tertius quãdo nascitur post mortem aui viuente adhuc patre apud hostes. In omnibus. n. istis casibus potest esse locus successioni nepotis posthumi, vocati ex consilio Galli: nam si nascitur nepos mortuo primum auo testatore, deinde patre apud ho-*

8 *stes, cùm illius mors retrotrahatur ad primã horam captiuitatis per fictionem legis Corneliæ §. si ab hostibus inst. quib. mod. ius patr. pot. soluitur, perinde est, ac si mortuus esset viuo testatore illius patre, secundum conditionem expressam in formula Galli, idem quoq; dicendum est, si nascatur vtrisq; viuis*

9 *deinde moriatur, primum auus, deinde pater apud hostes, nam, cum viuente patre apud hostes penderet ius patriæ potestatis d. §. si*

10 *ab hostibus, nepos, licet nascatur viuente auo,*

non

non efficitur tamen ſuus auo ſucceſſione, niſi poſt mortem, quando moritur pater apud hoſtes, & propterea hic caſus (vt ſubdit Scæuola) non pertinet ad legem Velleam, per quam ſolummodo prouiſum eſt illis, qui ſuccedunt in locum patris, & auo agnaſcuntur, eodem auo viuente; quando enim nepos naſcitur viuente patre apud hoſtes, & auo in Ciuitate, non.n. ſtatim efficitur ſuus auo, cùm poſſit pater poſtliminio reuerti, ſed tunc demum cùm pater poſt mortem aui apud hoſtes decedit, tertius autem caſus, quando ſcilicet nepos naſcitur poſt mortem aui, viuente patre apud hoſtes, pariter caret omni difficultate, quia purificatur verè propriè, & naturaliter conditio de morte aui, poſt quam naſcitur nepos, fictè autem conditio de morte filij, cùm fingatur mortuus prima hora captiuitatis viuente illius patre teſtatore, licet poſtea deceſſerit, & conſequenter nepos poſt mortem eiuſdem teſtatoris aui, eidem ſuus

11 naſcatur, nihil ergo eſt cur tanquam ſpuria non recipiantur, ex ſententia Anton. Fab. in d. cap. 4. illa verba, poſt mortem ſcilicet aui, quaſi ſint verba imperiti interpretis, præſertim, cum codex Pandectarum Florentinarum ſit Archetypus, & exemplar eo tempore ſcriptum, quo nullam illius leges receperant

12 interpretationem, quamobrem, vt mea eſt ſententia, probabilius admittitur, in illis emendandis, vt vox aliqua omiſſa addatur, vel alteretur, quaſi corruptè ſcripta, quàm, vt verbum aliquod deleatur, & multo minus, vt deleantur verba plura, vt ſæpe audacter faciunt Cuiac. Anto. Faber, & alij, ſiuè tamen addis mecum dictionem, vel, ſiue cum Fabro deleas verba illa, poſt mortem ſcilicet aui, ceſſat omnis difficultas in dd. tribus caſibus. Quartus autem caſus, quando ſcilicet nepos naſceretur viuo auo, poſt mortem patris apud hoſtes, iure merito eſt omiſſus; quia, cùm ſuus naſceretur auo, eodem viuente, eſſet caſus legis Velleæ, non autem formulæ Galli. per quam prouidetur illis, qui efficiuntur auo ſui poſt mortem tantummodo.

NAM HIC CASVS AD LEGEM VELLEAM NON PERTINET. ſi deleas cum Fabro verba illa, poſt mortem ſcilicet aui, hæc pars immediate refertur ad caſum, quando nepos naſcetur vtriſq; viuis, nimirùm patre, & auo, de quo dubitari poterat, an potius ad legem Velleam eſſet referendus, & ſatisfacit tacitæ obiectioni, dicens, non referri, quia ſcilicet, licet naſcatur viuente auo, non efficitur ſuus, niſi poſt mortem. Si vero vis retinere communem lectionem addita mecum dictione, vel, quod mihi videtur probabilius, per hūc caſum debemus intelligere generaliter caſū vbi filius teſtatoris, pater nepotis, ſit apud hoſtes tempore conditi teſtamenti, hic.n. caſus, ſiuè naſcatur nepos vtroq; mortuo non pertinet ad legem Velleam, quia loquitur de nepotibus natis vel naſcituris viuente auo, ſiue naſcatur vtriſq; viuis, quia ſcilicet nepos nihilominus non efficiatur ſuus auo, niſi poſt mortem, vt mox dicebamus: ſiue naſcatur poſt mortem aui viuente patre, quia quando pater moritur apud hoſtes, licet moriatur naturaliter poſt mortem aui teſtatoris, cenſeatur mortuus prima hora captiuitatis viuente auo, & ſic cōgruit hoc quoq; caſu cum formula Galli, nec poteſt ad legem Velleam pertinere, quæ loquitur ſolummodo de ijs qui efficiuntur ſui viuente auo,

13 MELIVS ERGO EST, VT IN EIVSMODI VTILITATE, PRAESERTIM POST LEGEM VELLEAM. quæ ſcilicet, vt inquit Lelius Taurell. hic, ad regulam, & rationem Galli ſe ſe accommodans, multos caſus rūpendi abſtulit, vbi poſthumus naſceretur viuo auo, ſimulq; quid Gallus ſenſerit in his qui naſcuntur poſt mortem oſtendit, & non ſine cauſa dicit, præſertim, quia etiam ante legem Velleam, huius interpretationis faciendæ, æquitas, vigebat,

QVAE ET MVLTOS CASVS RVMPENDI ABSTVLIT, INTERPRETATIO ADMITTATVR, VT INSTITVENS NEPOTEM, QVI SIBI POST MORTEM SVVS NASCERETVR, RECTE INSTITVISSE VIDEATVR QVIBVSCVNQ; CASIBVS NEPOS POST MORTEM NATVS SVVS ESSET, RVMPERETQ; PRETERITVS, vt in tribus caſibus ſupra expreſſis, ſecundum noſtram emendationem, ſed vt ſecundū plenitudinem legis Velleæ intelligamus etiā prouiſionem Galli, ſubdit ampliando.

14 ATQ; ETIAM SI GENERALITER QVICQVID SIBI LIBERORVM NATVM ERIT POST MORTEM. AVT QVICVNQ; NATVS FVERIT SIT INSTITVS, SI SVVS NASCERETVR. poteſt ergo fieri etiam hoc modo generaliter ſubſtitutio poſthumi ex conſilio Galli, non facta mentione nepotis, vt, & pronepotes, et deinceps inſtituti intelligantur,

ſi poſt

si post mortem testatoris sui nascantur. itaq; plena est formula Galli, vt inquit Cuiac. & qui casus in ea de nepote exprimitur, exempli causa exprimitur. Verùm circa casum huius textus videtur esse difficultas, vt considerat Æmili. Perrot. hic nu. 1. quia, cum filius captus ab hostib. censeatur mortuus prima hora captiuitatis, si apud hostes moriatur, & consequenter censeatur, desijsse suum esse ante conditum testamentum, cum ante illud conditum fuerit captus, non videbatur confugiendum ad Galli formulam, & cautionē, ad hoc, vt possit institui nepos ex eo qui iam effectus suus poterat institui communi iure
15 *legis 12. tabul. sed facilis est ex eodem Perotto responsio, quia anteaquàm verè decedat d. filius apud hostes, fictio locum habere non potest l. in omnibus de captiuis, & postliminio reuersis, nec nepos succedendo in locum patris efficitur suus, cùm interim propter ius postliminij pendeat ius patriæ potestatis §. si ab hostibus inst. quibus modis ius patr. potest. solut. §. interdum Inst. de hæred. quæ ab intestat. deferuntur l. penult. infra de suis, & legit. hæred. & ideo interim, non tanquam suus potest institui, sed si suus efficiatur nepos posthumus, quamq̃. n. fingitur mortuus pater prima hora captiuitatis, non ideo fingitur suus ab ea hora nepos, ne detur fictio fictionis, nulla hoc suadente æquitate, & vtilitate, quam considerauit in hoc tex. supra Scæuola, sed efficitur suus, quando verè, & naturaliter moritur pater.*

SVMMÆ RERVM, & verborum.

1 *Antonij Fabri emendatio non recipitur.*
2 *Pandectæ quo tempore scriptus fuit codex Florentinus, nullum habebant glossatorem, vel interpretem.*
3 *Pandectæ Florentinę probabilius emendantur, vbi opus est, si aliquid addatur vel mutetur, quam si deleatur aliquid.*
4 *Emendatio huius loci probabilior refertur.*
5 *Emendatio ad mentem auctoris, & sine emendatione interpretatio ponitur.*
6 *Nepos apud hostes non efficitur suus auo, patris morte naturali secuta, nisi ab hostibus redeat.*
7 *Ius patrię potestatis pendet quamdiu liberi sunt apud hostes.*
8 *Fictio postliminij facit, vt reuersus ab hostib. semper fingatur fuisse in Ciuitate.*
9 *Cuiacij emendatio reprobatur, & Eguinarij, & aliorum interpretatio recipitur.*
10 *Casus de, quo hic, potius ad ius antiquum pertinet, quàm ad legem Velleam.*
11 *Ordo est argumentum intentionis agentis.*
12 *Nepos, qui nascitur viuo auo apud hostes, & reuertitur post mortem illius, secundum veritatē, non efficitur suus nisi post mortem aui.*
13 *Ius sui sine patria potestate dari non potest.*
14 *veritas est fictioni prȩferenda, vbi non operatur magis quam fictio,*
15 *Fictio non est temere, admittenda, & sine effectu.*
16 *Suitas, & veritas potius spectanda in hac materia quàm fictio, & natiuitas.*

---

§. V.

Si eius, qui filium habeat, & nepotem ex eo instituat, nurus prægnans ab hostibus capta sit, ibiq; viuo pariat, mox ille post mortem patris, atq; aui redeat, vtrum hic casus ad legem Velleam respiciat, aut ad ius antiquum aptandus sit? possitq; vel ex Vellea institutus non rumpere? quod quęrendum est si iam mortuo filio pronepotem instituat, redeatq; mortuo, sed cum testamentum ab eo non rumpit nihil refert vtrum ex iure antiquo, an ex lege Vellea excludatur.





OTEST diuidi hic §. facilioris intelligentię gratia, in quatuor particulas, in prima ponitur cuiuſdam facti breuis narratio, quę ad poſthumi nepotis inſtitutionem pertinet, in ſecunda ex facto narrato elicitur quæſtio, an ſc. inſtitutio poſthumi nepotis in caſu narrato pertineat ad ius antiquum, vel ad legem Velleam, in tertia proponitur eadem quæſtio in caſu ſimili de inſtitutione pronepotis, in quarta, & vltima negligit Scęuola quæſtionem principaliter propoſitam, & non putat de modo laborandum, cùm clarum habeamus effectum, ſiue ad ius antiquum pertineat, ſiue ad legem Velleam. ſecunda ibi, verum hic caſus, tertia ibi. quod quærendum, quarta ibi, ſed cùm teſtamentum. ſed veniamus ad interpretationem literæ.

SI EIVS QVI FILIVM HABEAT, ET NEPOTEM EX EO INSTITVAT, NVRVS PRÆGNANS AB HOSTIBVS CAPTA SIT IBIQ; VIVO PARIAT, ſic legitur in Pandectis Florentinis, in alijs autem vulgatis codicibus. ibiq; viuo auo, & eius filio pariat, cęterum, veriſimile eſt verba illa, auo, & eius filio, fuiſſe alicuius non imperiti interpretis, quę poſtea (cùm ſatis apta viderētur) in textum ir-
1 repſerunt. Anton. autem Faber lib. 9. coniectur. iur. ciuil. cap. 6. in fin. putat abundare dictionem, viuo, quæ, vt inquit ipſe, & ſola per ſe nullius ſenſus eſt, manſitq; in tex. ex gloſ. interpretis, qui non tantùm dictionē illam addiderat, ſed, & alias plures, quæ extant adhuc in veterib libris, in quibus ſic legitur, viuo auo, & eius filio, ita loquitur Faber, cuius tamen coniecturam probare nō
2 poſſū, Quia Pandectę Florentinæ, & multò minus exemplar compilatorum, a quo forte
3 fuerūt deſcriptæ, nullam vnquam gloſſam habuerant, & propterea, quando aliquis locus corruptus, in Pandectis Florentinis, eſt emendandus, probabilius facimus, ſi aliquid, quaſi incuria ſcriptoris omiſſum, addimus,
4 quàm ſi verba aliqua deleamus. Probabilior igitur eſt alterius viri doctiſſimi coniectura, qui ibiq; vtroq; viuo pariat, legendū putat, probabiliter ſuſpicans d. particulam vtroq; propter ſuperioris ſimilitudinem, deſcriptoris oculos effugere facilè potuiſſe, vel
5 addenda eſt vox, auo, & legendum, ibiq; viuo auo pariat, ob eandem. n. rationem potuiſ voculam, auo, deſcriptor omiſiſſe, vel forte nihil neceſſe eſt, vt aliquid addatur, ſed vt ſolummodo aliquid ſubintelligatur nimirùm, ibiq; viuo pariat. ideſt, viuo eo teſtatore vel auo, de quo agitur, mos. n. Scæuolæ, qui duriuſculus fuit in ſermone, eſt conciſè loqui. hinc paullo infra ſimili loquendi modo vtitur, dum dicit. quod quærendum eſt ſi iam mortuo filio pronepotem inſtituat redeatq; mortuo, ideſt redeat pronepos mortuo proauo, vt infra videbimus, quicquid ſit, certo certius eſt, dictionem illā, viuo, vel ad auū referendā, vel ad patrem, & auū, poſt quorum mortem redijt nepos natus apud hoſtes, vt ſubdit tex.

MOX ILLE POST MORTEM PATRIS ATQ; AVI REDEAT. proponitur ex hoc facto quæſtio occaſione illorum verborum in formula Galli. poſt mortem meā natus nataue erit, quid. n. ſi poſthumus nepos naſcatur viuo auo apud hoſtes, ſed redeat poſt mortem aui? ita vt, quo ad ſuitatē, naſcatur poſt mortem aui.

6 *VTRVM HIC CASVS AD LEGEM VELLEAM RESPICIAT, AN AD IVS ANTIQVVM APTANDVS SIT? POSSITQ; VEL EX IVRE ANTIQVO, VEL EX VELLEA INSTITVTVS NON RVMPERE?* Etenim, cùm nepos eiuſmodi non ſit effectus ſuus, niſi poſt reditum ab hoſtibus, & ſic.
7 poſt mortem aui teſtatoris, licet eo viuente natus ſit, cùm antea pēderet ius patriæ poteſtatis §. ſi ab hoſtibus inſt. quibus mod. ius patr. pot. ſolu. videtur hic caſus ad Gallum pertinere, verùm quia natus eſt viuo patre & auo teſtatore, licet reuerſus ſit poſt mortem vtriuſq;, virtute tamen iuris poſtliminij videtur ſemper fuiſſe in ciuitate l. ſi ab hoſtibus ff. ex quibus cauſ. maio. l. penult. ff. de ſtat. homin. & conſequenter, vt poſt mortem patris ſucceſſione ſit factus ſuus auo viuente. qui caſus ſine dubio pertinet ad legem Velleam.

9 *QVOD QVERENDVM EST SI IAM MORTVO FILIO PRONEPOTEM INSTITVAT REDEATQ; MORTVO*. Hic locus vario modo legitur, & intelligitur, ſed omiſſis aliorum expoſitionibus, & pręſertim Cuiacij, qui totum hunc textum corrumpit, & perperam euertit, cùm, vbi legitur, pronepotem inſtituat, reponat ipſe & reſtituat, nepotem pariat, quę variatio & reſtitutio, vel potius deſtructio, nec neceſ-

ſaria,

faria, nec probabilis est. vt alij quoq; obseruant, & in primis Anton. Faber. lib. 9 coniect. iur. ciuil cap. 6. Dica ipse ad mentem Eguinarij, & aliorum, illud ipsum quod quærebatur supra de nepote, quæri hic de pronepote: postquam.n. Scæuola extendit formulam Galli ad pronepotem in §. idem credendum. supra, semper institutum illud retinuit, vt quæ in nepotis persona tractauit, eadem in pronepotis quoq; persona tractaret. verus ergo sensus est. Quod quærendum est, an sc. ad ius antiquum, vel ad legem Velleam pertineat, si, iam mortuo filio, pronepotem instituat, proauus sc. viuo nepote, secundum primum casum d. §. idem credendū, redeatq; mortuo, id est redeatq; pronepos mortuo proauo sc. (& sic etiam hic concisè loquitur, vt supra) ibiq; viuo. quærendum ergo est etiam hoc casu, nunquid sc. admittatur pronepos ex Galli consilio vel ex lege Vellea. Profectò de nepotis institutione, mortuo filio, vt vult Cuiac. loqui non potest, quia mortuo filio, nepos potest communi iure institui sine Galli cautione. illud igitur quod supra de nepote quærebatur, hic quæritur de pronepote. Cæterum vtrāq; negligens quæstionem, inquit Scæuola.

SED CVM TESTAMENTVM AB EO NON RVMPITVR, NIHIL REFERT, VTRVM EX IVRE ANTIQVO, *secundum Galli sc. interpretationem.*

10 AN EX LEGE VELLEA EXCLVDATVR. *nepos aut pronepos a rumpendo testamento scilicet, vt rectè interpretatur glo. hic, & post eam alij, & in primis Tauvellus hic in principio, & Emil. Ferrot. in fine sub nu. 6. Cū igitur princeps quæstio, de qua forte erat cōtrouersia inter Iurisconsultos relinquatur indecisa, quilibet potest eam partem tenere, quam velit. Varij varia dicunt hic, & Anton. Faber lib. 9. coniect. iur. ciuil. cap. 6. latissimè disputat de hac re, de qua non est mihi consilium cu losè disputare: sed ea duntaxat tractare, quæ ad simplicem huius responsi difficillimi explanationem pertinent, sed (si licet obiter interponere iudicium meū) crediderim ego potius casum hunc pertinere ad ius antiquum, q̄ ad legem Velleā, siue Scæuolæ auctoritatem respiciamus, siue*

11 *iuris rationem sequamur. Etenim si Scæuola sensisset casum hunc mixtum esse, vel ad legem Velleam pertinere, vt videtur sentire Anton. Faber, de eo tractasset post explicationem vtriusq; iuris, nimirùm cautionis Galli, & legis Velleę, quemadmodum fecit de simili casu, quem recensuit in §. vltimo infra hac eadem lege, licet igitur noluerit expreßè, & audacter referre hunc casum ad Ius antiquum, tacitè tamen, & modestè retulit, agendo de eo antea, quàm legis Velleę capita explicaret. Iuris quoq; ratio videtur persuadere casum hunc ad Galli prouisionem esse*

12 *referendum, quia licet, & inspecta veritate, & inspecta fictione, nepos, de quo agitur hic, viuo auo nascatur, vt rectè considerat Antonius Faber in sępius repetito cap. 6. non efficitur tamen suus, secundum veritatem, nisi post aui mortem quando reuertitur, cùm, do-*

13 *nec est apud hostes, pendeat ius patriæ potestatis, sine qua ius sui dari non potest, vbi*

14 *autem idem sequitur iuris effectus, siuè fictionem spectemus, siue ad veritatem respi-*

15 *ciamus, veritas est fictioni præferenda, propterea quod ad fictionem confugiendum est, vbi æquitas hoc suadeat: quia non poßit veritas operari quod fictio vtiliter inducit. Cū igitur veritate inspecta nepos, de quo hic, efficiatur suus post mortem aui, quo casu habet locum prouisio Galli, qui auo subuenit eo casu quo mutando testamentum sibi consulere ipse & prouidere non potuisset: lex autem Vellea illis prouideat, qui agnatione vel successione efficiuntur sui viuenti auo, magis est, vt casum hunc ad ius antiquum: quā ad*

16 *legem Velleam referamus, magis enim spectanda est in hac materia suitas, & veritas: quàm natiuitas, & fictio.*

SVMMÆ RERVM, & verborum.

1 *Casus proponitur.*
2 *Lectio vulgata probatur pluribus.*
3 *Deinde, particula est ordinem significans.*
4 *Testator facere non potest, vt rupto vno testamenti gradu, alij valeant.*
5 *Cuiacij emendatio reprobatur.*
6 *Antonij Fabri emendatio, partim probatur, partim reprobatur.*
7 *Lectio vulgata, & communis probatur.*
8 *Interpretatio Auctoris.*
9 *Institutus non rectè censetur præteritus.*



C 2 Post.

§. VI.

FOrſitan addubitet quis, an iſtis caſibus, ſi nepos poſt teſtamentum naſcatur viuo patre ſuo, deinde ex eo, concipiatur, iſq; viuo patre deinde auo naſcatur: an non poterit hæres inſtitui, quia pater ipſius non rectè inſtitutus eſſet, quòd minimè eſt expaueſcendum. hic.n. ſuus hæres naſcitur, & poſt mortem naſcitur. Ergo, & ſi pronepos admittetur qui natus erit ex nepote, poſtea viuo filio, atq; ſi ex eo natus eſſet adoptatur.



IFFICILIMVS hic verborum contextus ſemai facile poteſt in ſex particulas, in prima proponitur facti narratio, in ſecunda quæſtio, in tertia circa eandem queſtionem dudubitandi ratio, in quarta quæſtioris deciſio, in quinta deciſionis ratio, in 6. dubitationis confutatio, & deciſionis confirmatio, ſecunda ibi an potuerit. tertia ibi, quia pater; quarta ibi, quod minime, quinta ibi, hic.n. ſuus. 6. ibi ergo. & ſi pronepos. Huius §. caſus eſt eiuſ-
1 *modi. Qui habebat filium, & ex filio nurũ prægnantem, filium hæredem ſcripſit addiditq; vel generaliter, & quicunq; natus fuerit ſit inſtitutus, ſi ſuus naſcatur poſt mortẽ meam, vel quicquid ſibi liberorum natum erit poſt mortem, vel ſpecialiter quicunq; mihi nepos, aut pronepos poſt mortem meam naſcetur hære s eſto. natus eſt ex filio inſtituto nepos, viuo patre, & auo teſtatore, & ex eodem nepote conceptus eſt pronepos, qui natus etiam deinde eſt mortuo primùm patre, deinde auo, poſtremo etiam proauo teſtatore. Quæſtio eſt an rectè fuerit d. pronepos, ex conſilio Galli, cuius formula pleniſſimam ſupra recepit interpretationem inſtitutus, ita vt non rumpat teſtamentum, ſed ex ficta inſtitutione admittatur? Videamus ergo an hic caſus, quicquid dicant cæteri, verbis textus accommodetur.*

FORSITAM ADDVBITET QVIS AN ISTIS CASIBVS: vbi ſz. facta ſit inſtitutio generaliter ex ſententia Scæuolæ in præcedenti §. quicunq; natus fuerit, vel quicquid ſibi liberorum &c. vt ſupra.

SI NEPOS POST TESTAMENTVM NASCATVR VIVO PATRE SVO. Hic innuitur vitiata nepotis inſtitutio, inquit Perot. non impleta ſz. conditione, ſi ſuus poſt mortem naſceretur, cùm nec ſuus naſcatur patre in medio exiſtente, nec poſt mortem, cum ſupponatur viuere auus.

DEINDE EX EO CONCIPIATVR. pronepos ſz. quia efficiatur prægnans pronurus.

2 *ISQ; VIVO PATRE DEINDE AVO NASCATVR. ſic legitur in pandectis Florentinis; in omnibus autem alijs codicibus, & in primis in tex. norico, vt teſtatur Duarenus hic in notula quadam, & apendice ad hunc tex. legitur (& melius) mortuo patre, deinde auo naſcatur, hanc igitur lectionẽ omnino probo, quam, & antiqui omnes, & recentiores interpretes probauerunt, primùm quia ſi recipiatur ea lectio viuo patre, deinde auo naſcatur, contradicit expreſſè verſiculo infra. Hic .n. ſuus hæres naſcitur, & poſt mortem, qui.n. fieri poteſt, vt ſuus naſcatur pronepos proauo, viuentibus patre, & auo, qui eum precedunt? nam ea, quæ Acurſ. & alij de emancipatione diuinãdo*
3 *dicunt, ſunt mera ſominia, ſecundo quia particula illa, deinde, quæ ordinis nota eſt, id ipſum probat, vt inquit Anton. Faber lib. 9. coniect. iur. ciuil. c. 9. euidentiſſimè, non.n. pater prior viuit, deinde auus, ſed auus prior, deinde, pater pronepotis ſcilicet, e contra autem pater prior mori poteſt, deinde auus, qui ordo morientium hic requiritur, quemadmodum in §. idem credendum, ratione de qua ibi, & hæc emendatio ſit probabilis non ſolùm fide antiquorum codicum, auctoritate ferè omnium interpretum eam recipientium, & rationibus apertiſſimis mox allatis. ſed etiam, vt ego obſeruaui veriſimili coniectura erroris illius, qui ſcripſit Pandectas Florentinas, paullo.n. ſupra legitur in hoc §. viuo patre ſuo, deinde &c. quamobrẽ facile fuit, vt deſcriptor, quando debebat ſcribere proxima verba, mortuo patre, deinde &c. replicauerit inaduertenter illa proxima verba, viuo patre, dum n. ad ſcripturam, quam quis deſcribit conuertit oculos, deinde auuertit, vt quid ſcribit intueatur, facile eſt*

vt

vt rursus ad scripturam oculos conuertendo versiculorum proximitate deceptus, idem adiunctum eidem nomini adijciat, cui diuersum adiungere debebat. & sic ex mortuo patre, viuo patre faciat, vt supra proximè, in eiusmodi.n.errores, & amanuenses, & impressores sępe incidunt, vt ego expertus sum.

4 AN NON POTVERIT HAERES INSTITVI. idest an tertius hic institutionis gradus fieri, & subsistere non potuerit, priore sublato, nec.n. potest testator facere, vt perperam facta institutione & rupto vno testamenti gradu, alij postea valeant, in hoc.n. consistit ratio dubitationis proposita, ideo subdit.

QVIA PATER IPSIVS. idest nepos testatoris eodẽ testatore, & patre viuo natus.

NON RECTAE INSTITVTVS ESSET. fuerat.n. institutus testatoris nepos huius pronepotis pater, si post testatoris mortem nasceretur, viuo autem eo natus est, nec rectè ergo inquit Perottus institutus dicitur, cuius institutionis conditio deficit, id quod nõ nisi postquam defecit conditio iudicatur, & hanc rationem esse dubitandi sentiunt Gouea etiam Cuiac. & alij Ant. autem Faber non rectè institutum dicit, quia, & quando instituitur, & quando nascitur alienus sit, ita vt secundum hanc rationem nec ex Galli consilio, nec ex dispositione legis Vellea rectè sit institutus vtraq;.n.prouisio locum habet, vbi alienus, vel nascatur, vel efficiatur suus subdit tamen Scæuola contrarium statuendo.

QVOD MINIME EST EX PAVESCENDVM, cum liceat nepotem perperam instituere, qui etiam penitus omitti poterat, vt in §. sequenti, quando etiam fuisset suus, quiq; in casu nostro erat alienus, & non poterat nisi ex consilio Galli, vel ex prouisione legis Vellea institui.

HIC ENIM SVVS HAERES NASCITVR. pronepos sz. cum nascatur mortuo patre, & auo, qui eum pręcedebant, vt supra, secundum veram lectionem, alioqui tex. hic secum pugnaret.

ET POST MORTEM NASCITVR, ita vt in eo omnes purificentur conditiones Galli, quæ tamen conditiones, non sufficerent, vt obseruat Perott. si prętæritione sui patris nepotis testatoris, fuisset ruptum testamentum, sed hoc factum non fuit, quia d. nepos nunquam successione factus est suus, decessit enim ante mortẽ patris,

5 ERGO ET SI PRONEPOS ADMITTETVR QVI NATVS ERIT EX NEPOTE, POSTEA VIVO FILIO, ATQ; SI EX EO NATVS ESSET ADOPTATVR. postrema hac particula cæteris huius textus partibus difficilior est, & vario modo legitur, & vario modo intelligitur. Cuiacius legit, ergo, & si nepos omittetur, addito hic scilicet. qui natus erit ex nepote postea viuo filio atq; si ex eo natus esset adoptatur. ita vt sensus sit, licet nepos omittatur, pronepos ex nepote cui superuixit filius testatoris ipsius nepotis pater atq; si ex eo natus esset, adoptatur idest assumitur, perinde ac si ex filio esset natus, & sic non habita ratione nepotis, quasi omissi admittitur pronepos tanquam nepos. sententia est plana, & vera, sed immendatio audacior est quàm, quod recipi debeat, & extranea verbi adoptatur expositio, vt rectè animaduertit &

6 Ant. Faber lib. 9. controuers. iur. cap. 9. in fine qui legit. ergo, & sic, vt in vulgatis codicib. qua in re cum eo consentio, sed vult deinde delere vocem adoptatur, quasi ex glossa imperiti interpretis, in textum transiuerit, cæterum eiusmodi frequentissima Fabri emendationes, quibus modo verba, modo integras clausulas vult a contextu Florentino remouere, probari non possunt, ob rationem

7 quam supra reddidi, arbitror igitur loco verbi, adoptatur, reponendum esse adoptatus, secundum lectionem vulgatorum codicum, sic .n. tollerabilis est emendatio, qua vnica litera E, addita, ex particula, si, fit, sic, ad quam appositè refertur, si paullo diligentius perpendatur. particula illa. atq; si, infra posita, & litera altera mutata, ex adoptatur fit adoptatus, mutata. S, R, in S, potuit.n. facilius Padectarum Florentinarum scriptor in eiusmodi literarum omissionis. & variationis errorem incidere, quam in Archetypo omnino scolyis, & glos. carente, quod non erat addere, retenta igitur vulgatorum codicum lectione, & omissis innumeris aliorum interpretationibus. quæ legi possent apud interpretes hic, & alibi, & præsertim apud Alciat. lib. 3.

8 Paradox. cap. 17. Ego in tanta opininionum varietate, ita interpretor. Ergo & sic pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote postea viuo filio, .i. qui natus erit ex nepote, cui superstes fuit filius testatoris eiusdem nepotis pater, atq; si ex eo natus (& hæc continendus est spretus) esset adoptatus a proauo sz. in locum nepotis ex filio, ita vt sententia

fit

sit hæc, admittendum esse hoc casu pronepotem ex nepote, qui ante filium testatoris decessit, perinde ac si quasi natus ex d. filio esset adoptatus in nepotem: licet.n. adoptare nepotem in filium, & pronepotem in nepotem §. licet autem. vers. & tam filium instit. de adopt. quod ergo dicitur hic de adoptione, est per quandam similitudinem, non quia re vera intercesserit aliqua adoptio, quę in hoc casu ad rem non faceret, vt latissimè demonstrat Anton. Faber in d. cap. 9. sed vt significetur pronepotē, non tanquā pronepotē, sed tāquā nepotē admitti, nulla ratione habita nepotis, in cuius persona, qua poterat etiā omitti, institutionis conditio defecit, ita vt remanserit male institutus. quod idem est, ac si non esset institutus, necesse.n. est, vt admittatur in locum filij, qui quandoq; ius suitatis habuit, hic pronepos, non in locum nepotis sui patris, qui nullum vnquam ius succedendi habuit, cùm semper fuerit alienus, vt eruditè, & fusè aduersus Castrensem hic, docet Anto. Faber in sępius repetito cap. 9. vbi optimè ostendit hanc partem funditus tollere omnē dubitandi rationem, & decisionem Scæuolæ confirmare, cùm.n. pronepos fuerit filius illius nepotis, qui malè fuerat institutus, quiq; semper fuerat alienus, quasi in locum incapacis successisset: nec quia & suus esset natus, & post mortem testatoris, videbatur admittendus. Admittendus est tamen d. ratione non obstante, quia non tamquàm pronepos in locum nepotis, qui semper fuit alienus admittetur, sed tamquam nepos in locum filij, qui suus erat, quasi ex eo natus, fuisset adoptatus. vt nos vltra Fabrum declarauimus, & secundum hunc sensum, videtur etiam intelligere vir doctissimus Angelus Span. hunc tex. hic in sua paraphrase ad hanc legem. cùm igitur nascatur suus hic pronepos post mortem testatoris, & succedat in locum, non patris, sed aui sui, testatoris filij capacis, & rectè ab eodem testatore instituti, nihil est impedimento quominus admittatur.

SVMMÆ RERVM, & verborum.

1 *Præteritio nepotum, & cæterorum liberorum, etiam in primo gradu patriæ potestatis olim non rumpebat testamentum, admittebantur .n. per ius accrescendi.*

2 *Positus in conditione non censetur vocatus.*

3 *Filius necessariò semper in aliqua saltem parte est instituendus, ad hoc vt rectè secundū Galli formulam, posthumus nepos instituatur.*

4 *Hæres sine coherede in parte hęreditatis, vel in re particulari institutus, intelligitur ad totam hęreditatem vocatus.*

5 *Posthumus nepos vel patri substitutus est in Galli formula, vel ita institutus, vt cum eo nunquam admittatur.*

6 *Testatus, & intestatus nemo potest decedere.*

7 *Testans ex consilio Galli, nec si alium instituat potest filium exheredare.*

8 *Institutio nepotis posthumi, facta ex consilio Galli, corruit. si filius superuiuat testatori.*

9 *Quod non valet ab initio, tractu temporis non reconualescit.*

10 *Testamentum non valet, in quo filius non sit a toto gradu exhæredatus.*

11 *Exhæredatio non potest valere respectu vnius hęredis, non alterius.*

12 *Eadem res non debet diuerso iure censeri.*

13 *Posthumi nepotis institutio facit meliorem conditionem filij.*

14 *Exhæredari nemo potest post mortem suam.*

15 *Emendatio, & interpretatio noua.*

16 *Præteritio filij apud hostes, testamentum iniustum non facit.*

17 *Posthumus nepos, vbi filius sit præteritus ex consilio Galli propriè instituit, non substituit.*

18 *Mortuus apud hostes, fingitur mortuus prima hora captiuitatis.*

19 *Pronepos posthumus ex nepote in primo gradu patriæ potestatis potest ex consilio Galli instituí, etiam nepote pręterito.*

20 *Filius apud hostes potest impunè, si ibi decedat, præteriri.*

21 *Intellectus nouus auctoris.*

---

§. VII.

IN omnibus his speciebus illud seruandum est, vt filius dumtaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit hęres institutus, nam frustra exhæredabitur post mortem suam, quod non est necessariò in eo filio, qui apud hostes est, si ibi decedat: & in nepote certè, & pro-

pronepote. quorum si liberi hæredes instituantur institutionem nunquam exigemus: quia possunt præteriri.



ABET hic §. quinq; partes, in quarum prima ponitur vniuersale quoddam requisitum ad hoc vt validè fiat testamentum ex sententia Galli, quod est, vt filius saltem in parte instituatur, in secunda redditur ratio cur hoc desideretur, in tertia ponitur vna limitatio. in quarta ponitur altera, in quinta ponitur limitationũ ratio, secunda ibi, nam frustra. tertia ibi, quod non esse. quarta ibi, & in nepote. quinta ibi, quia possunt.

IN OMNIBVS HIS SPECIEBVS, & casibus sz. ad Galli consilium spectantibus, de quibus hucusq; dictum est.

1 *ILLVD SERVANDVM EST, VT FILIVS DVMTAXAT QVI EST IN POTESTATE, filius dumtaxat,*
quia nepotes, & cæteri liberi, etiam in primo gradu patriç potestatis cõstituti, poterant hoc iure præteriri, eorumq; præteritio non rumpebat testamentum, sed admittebantur per ius accrescendi, iuxta tex. in princ. instit. de exhæred. lib. vbi Theophil. & filius dumtaxat in potestate ad excludendos filios apud hostes, qui & ipsi possunt silentio inuolui, vt infra in vers. Quod non esset necessario.

2 *EX ALIQVA PARTE SIT HERES INSTITVTVS. non est.n. satis, vt sit*
in conditione positus, nam in conditione positus non censetur vocatus, sed præteritus. l. si quis eum in fi. ff. de vulgar. & pupill. necesse est igitur, vt instituatur filius saltem ex aliqua parte, etiam sz. quando cohæredem habet, nam, si ageretur de filio cohæredem
4 *non habente, non posset in parte institui, quin*
esset in vniuersa hereditate institutus, siquidem, vt rectè obseruat etiam Anton. Faber lib. 9. controuers iuris ciuil. cap. 10. vel ex fundo institutus, nullo accepto cohærede, perinde hæres est ex asse, ac si fundi mentio detracta esset l. 1. §. si ex fundo l. quoties
5 *§. si duo cum l. seq. l. interdum §. deniq; de*
hered. instit. nec dicas in casu nostro semper habere cohæredem nepotem ipsum posthumũ, ex consilio Galli institutum, quia vel non est cohæres, vt nos cum cõni sentimus, sed substitutus, & in locum filij vocatus, vel ita est institutus, vt nullo casu vna cum patre possit ad hæreditatem admitti l. cum in testamento in princ. infra de hered. instit. qua-
6 *mobrem semper necesse est, vt filius testa-*
toris, si solus instituitur in parte, admittatur ad totam hæreditatem, ne testator decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus contra vulgatam regulam l. ius nostrum ff. de reg. iur. cauendum est ergo omnino a
7 *Castren. Perotto. Gouean. & alijs hic, qui*
opinantur, vbi nepoti cohæres sit datus, rectè filium exhæredari eiusd. mq; exhæredationem confirmari, adeunte cohærede, quasi non videatur filius eo casu post mortem exhæredatus, quando non cogitur cohæres filij mortem expectare, propterea quòd hæc ratio facilè refellitur, quia, exhæredato filio, nepos dicitur secundum omnes institutus, non autem substitutus, cùm non vocetur in locum alicuius hæredis deficientis, & consequenter nepos posthumus, sub duplici Galli conditione institutus, & cęteri cohæredes purè instituti, vnicum faciunt hæredum gradum, & quando est locus institutioni posthumi nepotis, nec nepos, nec alij coguntur expectare mortem filij, qui iam prædecessit testatori, nec quisquam est, qui ante testatoris mortem possit adire hæreditatem, & filij exhæredatio-
8 *nem adeundo, confirmare, si verò filius super*
uiuat testatori, quo casu corruit, deficiente conditione, ex consilio Galli facta nepotis
9 *institutio, nec cæteri cohæredes possunt ex*
testamento, quod ab initio non valuit, hæreditatẽ adire, refragante regula l. quod ab initio
10 *ff. de reg. iur. non potuit.n. valere testamen-*
tum, in quo filius non a toto gradu rectè ab initio fuit exhæredatus, nam licet a persona extranei cohæredis possit videri rectè exhæredatus, a persona tamen nepotis, qui tunc fuit institutus, cùm viuo testatore filius mo-
11 *reretur, non potuit nisi post mortem exhæ-*
redari, nec iuris ratio patitur, vt vna, & eadem exhæredatio, respectu alicuius hæredis
12 *valeat, respectu alterius eiusdem gradus hæ-*
redis non valeat, & sic diuerso iure censeatur contra l. eum qui ædes. ff. de vsucap. cùm debeat rectè fieri exhæredatio a toto gradu, non a persona l. 3. §. filius supra eodem, l. non putauit §. si ab vno ff. de bonorum possess.
12 *contr. tab. quamobrem vnum colligitur, vt*
rectè animaduertit Ant. Fab. in d. cap. 10. ex hoc tex. obseruatione dignissimum, nepotis nimirùm posthumi ex consilio Galli institutionem.

tionem, meliorem facere filij conditionem. Eſt enim in cauſa, vt filius ex parte aliqua hæreditatis inſtitui debeat, quem alicqui exhæredare ſatis fuiſſet l. proxima infra eod.

14 NAM FRVSTRA EXHEREDABITVR POST MORTEM SVAM; *l. ſi ita ſcriptum §. vltimo ſupra eod. idem quoue eſſet ſi nepos non in caſu mortis filij inſtitutus eſſet, ſed in caſu deportationis, vel captiuitatis aut etiam in caſu emancipationis, ſaltem iure ciuili inſpecto, vt latè docet Anton. Faber in d. cap. 10. & hæc eſt ratio ob quam neceſſariò eſt filius in aliqua parte inſtituendus, ne ſz. cum non poſſit exhæredari, præteritus reddat iniuſtum, non iure factum, & nullum teſtamentum.*

15 QVOD NON ESSE NECESSARIO. *ſic legitur in Pandectis Florentinis, in omnibus autem alijs codicibus legitur, quod non eſt neceſſè, & lectio eiuſmodi a Taurello a Cuiacio, & ab alijs omnibus, tàm antiquis, quàm recentioribus, probatur, quàm nec ego improbo, dico tamen minori cum mutatione potuiſſe Florentinum codicem emendari, addita ſz. ſolummodo litera, T, quod non eſſet neceſſariò, aduerbialiter ideſt de neceſſitate, qui modus etiam loquendi videtur accommodatior in propoſito, vbi præciſa tantum neceſſitas inſtituendi erat excludenda, non aut neceſſitas ad bene eſſe, cùm poſſet filius ab hoſtibus redire, modus.n. ille loquendi, quòd non eſt neceſſe, omnem videtur neceſſitatem excludere, quaſi otioſum omnino ſit filium apud hoſtes inſtituere; quod tamen non eſt, vbi filius reuertatur ratione poſtliminij, iniuſtum.n. tunc faceret teſtamentum non inſtitutus, ac ſi ſemper manſiſſet in ciuitate l. ſi quis filio §. ſed ſi pater infra tit. proximo. quia tamen ſententia eſt ferè eadem, preſertim cũ ſit addita conditio, ſi ibi decedat, de hac emendatione non laboro.*

16 IN EO FILIO QVI APVD HOSTES EST. *co.n. etiam præterito rectè teſtatur pater, cum in illius poteſtate non ſit l. penul. infra eod. nec inferas ergo poterit hoc caſu nepos poſthumus primum locum tenens in patria poteſtate communi iure inſtitui. hanc .n. dubitationem ſoluimus vna cum Perotto*
17 *ad §. quid ſi qui ſupra eadem lege noſtra, obſeruandum eſt tamen hoc caſu poſthumum nepotem primo gradu inſtitui, ita vt ſubſtitutus dici nequeat, vt tradidimus latè in noſtris ad huius legis principium commentarijs nu. 519.*

18 SI IBI DECEDAT *ſz. apud hoſtes, & ſic temperat, quòd ſupra dictum eſt, fingitur .n. mortuus prima hora captiuitatis, & ſic ante conditum teſtamentum, quamobrem rei euentus declarat, nihil neceſſe fuiſſe inſtituere filium qui teſtamenti tempore, iuris fictione inſpecta, non viuebat.*

19 ET IN NEPOTE CERTE, ET PRONEPOTE, QVORVM SI LIBERI HÆREDES INSTITVANTVR, INSTITVTIONEM NVMQVAM EXIGEMVS. *ſenſus eſt, omiſſis aliorum expoſitionibus, vt qui habet nepotem in primo gradu patriæ poteſtatis, mortuo filio poſit etiam non inſtituto nepote inſtituere pronepotem ſub duplici Galli conditione, nimirum ſi nepos ſe viuo moriatur, & pronepos poſt mortem ſuam ſibi ex eo in decem menſibus proximis naſcatur, idem quoq; dicendũ eſt de eo qui habeat pronepotem in primo gradu patriæ poteſtatis, ſublato ſz. de medio filio, & nepote, vt eodem modo ex conſilio Galli etiam nulla ex parte inſtituto pronepote, poſſit abnepotem inſtituere.*

20 QVIA POSSVNT PRETERIRI. *hæc ratio poteſt referri ad vtranq; limitationem, quia, & filius apud hoſtes poteſt impunè præteriri, ſi ibi decedat, & nihilhominus iure factum a patre intelligetur teſtamentum, quia ſequuta morte, fingitur mortuus prima hora captiuitatis fictione legis corneliæ, & ſic ante conditum teſtamentum, item, & nepotes, & deinceps cæteri liberi, in patria poteſtate conſtituti, & in primo gradu patriæ poteſtatis, cæteris anterioribus de medio ſublatis, poſſunt hoc iure præteriri, cum eorum præteritione non efficiatur iniuſtum, & nullum teſtamentum, ſed admittantur per ius accreſcendi, iuxta prin-*
20 *cip. inſtit. de exhæred. lib. Poterit ergo haberes nepotem in primo gradu patriæ poteſtatis, vel ſimpliciter inſtituere pronepotem, ſi ſe viuo moriatur nepos, & ſibi poſt mortem naſcatur pronepos, vel in parte inſtituere extraneum, & præterito nepote, pronepotem, ex conſilio Galli ſub illa duplici cõditione inſtituere, primo.n. caſu, ſi nepos ſuperuiuat auo, defecta conditione inſtitutionis pronepotis, qui ſolus fuit inſtitutus, corruet teſtamentum, & nepos ad ſucceſſionem aui ab inteſtato admittetur, ſecundo autem caſu pariter, ſi nepos ſuperuixerit auo, corruet defectu conditionis inſtitutio pronepotis, non autem teſtamentum, cum in eo fue-*

rit

rit etiam purè institutus extraneus, cuius aditione potest confirmari, sed nepos præteritus tunc per ius accrescendi cum eo admittetur, iuxta d. princ. instit. de exhared. lib. & hic, ni fallor, est verus, & germanus huius vltimæ particulæ intellectus, quem nec glos. & DD. assecuti sunt hic, nec Faber lib. 9. suarum coniect. iur. ciu. cap. 10. in fin. nonn. dubitasset Scæuola quando quis instituisset filium, & (omisso nepote) ex consilio Galli vocasset pronepotem, quia testamentum valeret, cùm nepos tempore conditi testamenti non esset suus, nec agitur hic de casu, vbi hic nepos, moriente filio viuo testatore, posset successione rumpere testamentum, cùm casus eiusmodi, non ad Gallum pertineat, sed ad legem Velleam, cumq; in hoc §. non agatur de remedio aliquo seu cautione, ne testamentum iure factum rumpatur, sed de generali, & vniuersali requisito, ne non iure fiat testamentum.

SVMMÆ RERVM, & verborum.

1 Lex Vellea quo tempore, & quibus consulibus lata dubium est, & variè modo reperitur appellata.
2 Scæuola, in sermone naturaliter duriusculus, & concisus.
3 Continuatio huius §. cum præcedentibus.
4 Causa, ob quam fuerit necessarium primum legis Velleæ caput inducere, remissiuè.
5 Mortui habent suos hæredes actu, viuentes habent suos hæredes futuros, & in potentia.
6 Pandectarum Florentinarum emendatio probabilior est quæ addit verbum aliquod vel mutat, quàm quæ tollit.
7 Lectio Pandectarum Florentinarum defenditur.
8 Culacij emendatio probatur.
9 Nepos ex filio mortuo nasciturus poterat institui ante legem Velleam.
10 Posthumorum vnicum erat genus ante legem Velleam, eorum sc. qui nascebantur post mortem.
11 Posthumi olim non instituebantur, nisi si post mortem nascerentur.
12 Posthumi sui, qui nascebantur viuo testatore cur ante legem Velleam non possent institui.
13 Gallus cur prouidit solummodo posthumis nepotibus qui nascuntur post mortem aui.
14 Posthumi sui, etiam instituti vel nominatim exhæredati rumpebant olim testamentum si viuo testatore nascebantur.
15 Lex vellea duplex nouum ius primo capite induxit, alterum vt posset institui posthumus qui viuo testatore nasceretur, alterum vt purè posset institui posthumus, qui tempore conditi testamenti esset alienus, dummodo suus nasceretur.
16 Lectio Pandectarum Florentinarum defendit.
17 Et cætera, particula est, quæ omissionem supponit.
18 Testamenta fœminarum agnatione suorum nequeunt rumpi.
19 Pandectæ Florentinæ scriptæ sunt sine aliqua orationis distinctione.
20 Noua Auctoris declaratio, secundum quàm retinetur lectio Pandectarum Florentinarum.

---

§. VIII.

NVnc de lege Vellea videamus. voluit viuis nobis natos similiter non rumpere testamentum, & videtur primum caput eos spectare, qui cum nascerentur, sui heredes futuri essent. & rogo si filium habeas, & nepotem nondum natum tantum ex eo hæredem instituas: filius decedat: mox viuo te nepos nascatur? ex verbis dicendum est non rumpi testamentum. vt non solum illud primo capite notauerit, si nepos qui eo tempore instituatur, quo filius non sit: verum & si viuo patre nascatur, quid.n necesse est tempus testamenti faciendi respici, cum satis sit obseruari id tempus quo nascitur? nam & si ita verba sunt. Qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus hæres futurus erit, & cætera: etiã si viuente) parente viuo nascantur,



BSOLVTIS omnibus, quæ
pertinebant ad interpretatio-
nem, & extenſionem formu-
lę Aquilianæ accedit nunc Scæ
uola ad legē Velleam, & pri-
mus hic de lege Vellea §. vſq;
ad §. ſequenti parte, diuiditur, ad mentem
Baldi hic, in 5. partes, in prima breuiter
connectit dicenda cum iam dictis, in ſecunda
docet ad quos pertineat primum leges Vel-
leę caput, in tertia, per modum cuiuſdam il-
lationis, affert primi capitis exemplum cum
ſuo effectu, in quarta remouet dubitandi ra-
tionem, & prædictorum rationē affert, in
quinta, & vltima, referendo verba ipſa pri-
mi capitis, remouet tacitam dubitationem,
ſecunda ibi, & videtur, tertia ibi, & rogo,
4. ibi. Quid n. neceſſe, quinta ibi nam, & ſi.

1 NVNC DE LEGE VELLEA
VIDEAMVS, non ſatis conſtat, quo
tempore, & quibus conſulibus lata fuerit
hæc lex, quæ lex Iulia Vellea dicitur ab Vl-
piano in fragmentis tit. 22. & l. Iulia Vel-
lea in §. poſthumorum inſt. de exhæred. lib.
& ita legendum admonet Cuiac. in l. ſi hære-
ditas §. qui filium ſupra de teſtamentar.
tut. & in l. poſthumorum infra tit. proxima
licet vno loco Florentin. codex habeat Iuna,
altero Iunia, quo modo placet, vt legatur
Anton. Auguſt. Salamon. & alijs qui opi-
nantur latam fuiſſe M. Iunio Silano, &
Velleo tutore conſulibus, qui & Velleani
Sen. conſ. auctores nominantur in l. 2. ff. eod.
tit. ad S. C. Vell. cæterum hęc opinio, quæ in pri
mis diuinatiua eſt, probari non poteſt, pro-
pterea, quod vt rectè aliqui obſeruant hic, comi-
tiarum tunc, & legum ferendarū ratio ſubla
ta erat, cum de mulierum intercessionibus, non
per legem, ſed per Senatusconſultum ſtatu-
tum fuit quicquid ſit ſubdens diſpoſitionem
legis Velleæ, inquit I. C.

2 VOLVIT VIVIS NOBIS NATOS
SIMILITER NON RVMPERE
TESTAMENTVM, ſic legitur in Pan
dectis Florentinis in vulgatis autem codicib.
quæ voluit, vtraq; lectio recipi poteſt, facile
n. eſt vt ſcriptor Florentini codicis omiſerit
relatiuum. quæ, quod orationem melius con-
nectit. facilè etiam eſt, vt Scæuola natura-
liter in ſermone durtuſculus, & conciſus, ex
abrupto ſine relatiuo dixerit, veluti viuis
nobis &c. videtur igitur ex Scæuolę ſenten-
3 tia hic de lege Vellea tractatus cum præce-
dentibus ſic connecti, ſupra viſum eſt quo
pacto factum ſit ex ſententia Galli, vt po-
ſthumi, qui ſui naſcerentur poſt mortem te-
ſtatoris, teſtamentum non rumperent, nunc
autem quo pacto lege Vellea ſimiliter cau-
tum ſit, vt nec rumpant quidem teſtamen-
tum poſthumi, qui ſui hæredes futuri na-
ſcuntur viuente teſtatore, quam autem ob
4 cauſam neceſſarium fuerit, vt in caſu vbi
poſthumi eiuſmodi nepotes naſcerentur ſui
futuri hæredes, non rumperent teſtamentum,
legem rogare, nec potuerit per extenſionem
produci Aquiliana formula ad hunc caſum,
vbi poſthumi nepotes naſcerentur viuo auo,
conatur oſtendere hic Duaren. & nos forte
plenius infra declarabimus.

5 ET VIDETVR PRIMVM CAPVT
EOS SPECTARE, QVI CVM
NASCERENTVR, SVI HERE-
DES FVTVRI ESSENT, ideſt,
qui cùm naſcerentur non eſſent ſui hæredes
actu, vt in caſu Galli, quando ſcilicet naſcun-
tur mortuo teſtatore, qui poteſt iam mortuus,
actu habere heredem, ſed ſui hæredes in po
tentia & futuri, cùm adhuc viueret teſtator,
vt rectè obſeruat hic Salam. nu. 2. cuius ſen
tentiam probamus, quicquid dicat Perottus,
& animaduertendum eſt quia Scæuola dicit
primum hoc caput, non filios vel nepotes ſpe-
ctare, ſed generaliter eos, qui cùm naſceren-
tur ſui futuri eſſent, vt tā filios quàm nepotes
comprehenderet. vt rectè ſentit Cuiac. hic
& Ant. Faber lib. 9. coniect. iur. ciuil. cap.
17. id quod optimè probatur per tex. in l.
commodiſſimè ſupra eod. in l. 3. §. 1. infra
de inuſt. rupt. & irrit. fact. teſt. nec non in
l. ſi ita ſcriptum §. 1. infra de hæred. inſtit.
quicquid dicat Goueau. vt infra docebimus
opportunius.

ET ROGO SI FILIVM HABEAS,
ſic legitur in Pandectis Florentinis, ſed facilè
eſt vt codex ſit corruptus, vtq; legi debeat,
ergo, ſi filium habeas, vt in vulgatis codi-
cibus quæ lectio ab omnibus recipitur.

6 ET NEPOTEM NONDVM NATVM
TANTVM. ſunt qui putent delendam
eſſe dictionem, tantum, vt Cuiac. hic, ego ta-
men, vel reciperem lectionem Pandectarum
Florentinarum, quaſi voluerit Scæuola per
illam particulam taxatiuam, tantum, exclu-
dere, non pronepotes, & alios liberos po-
ſthumos, ſed nepotem natum tempore conditi
teſtamenti, de quo agit ſecundum legis Vel-
leæ caput, vel in locum dictionis, tantum, re-
ponerem particulam, tamen, in cuius locum

potuit

potuit facile per errorem Pandectarum Florentinarum scriptor ponere dictionem tantum, praesertim si in Archetypo erat compendiosè scripta hoc modo videlicet, tñ, ob similitudinem cum dictione tantum, qua, & ipsa simili modo sic compendiosè scribitur, tm, ego enim semper libentius vbi Florentinus codex sit emendandus, rationibus de quibus supra, admiserim, vt aliquod verbum mutetur vel addatur, quàm vt tollatur.

EX EO HAEREDEM INSTITVAS. idest nepotem ex filio quem habes, nondum natum.

FILIVS DECEDAT. nam alioqui nepos non nasceretur suus haeres futurus.

MOX VIVO TE NEPOS NASCATVR, hic, si lectionem Pandectarum Florentinarũ recipis, & rogo &c. debet fieri punctus interrogationem notans, itaut quod sequitur responsionem contineat.

EX VERBIS DICENDVM EST NON RVMPI TESTAMENTVM. vel dicas ex verbis testatoris, qui eiusmodi nepotem instituit, vel potius ex verbis legis Velleæ prohibentis eum posthumum nepotem, qui nasceretur viuo testatore, testamentum rumpere, vbi fuerit nominatim exheredatus vel institutus, vt constat ex l. 3. §. 1. infra tit. proximo.

7 VT NON SOLVM ILLVD PRIMO CAPITE NOTAVERIT SI NEPOS QVI. hoc relatiuum, qui, secundum Cuiac. & alios, vacat, & propterea non legitur in vulgaris codicibus, sed non esset inconueniens, vt hac Pandectarum Florentinarum lectio reciperetur, licet nihil sit quod d. relatiuo respondeat, quia non integrè sed concisè Scæuola loquatur, quasi dicere voluerit, vt non solùm illud primo capite notauerit, si nepos, qui eo tempore instituatur quando filius non sit, vt non rumpat sc. testamentum, verùm, & si viuo patre &c.

8 EO TEMPORE INSTITVATVR, QVO FILIVS NON SIT, VERVM, ETSI VIVO PATRE NASCATVR. sic legitur in Florencino Cod. plerique tamẽ delendum putant verbum, nascatur; ne primo legis Velleæ capite casus Iuliani comprehendatur, de quo in §. ille casus. infra hac eadem lege nostra. mihi tamen magis placet vt vnà cum Cuiacio restituatur loco verbi nascatur

9 reponamus, sed hic videtur perperam primo legis Velleæ capiti ascribi, vt induxerit nepotem ex filio mortuo nasciturum institui posse, poterat enim, cum suus esset tempore conditi testamenti § ita demum vers. posthumi quoq; instit. de hæred. quæ ab intestat. de fer. iuncto §. posthumo instit. de legat. etiã ante legem Velleam institui, vt omnes admittunt, & passim probatur in hoc tit. & in §. posthumi instit. de exhæred. lib. Hæc consideratio est in causa, vt hic locus satis obscurus multipliciter ab interpretibus intelligatur. Ego vero, omissis aliens interpretationibus, duobus modis arbitror huic difficultati satisfieri posse; primum si dicamus legem Velleam non induxisse, vt nepos eo tempore quo filius non esset institui posset, hoc enim antea communi iure legis 12. tab. fieri poterat, cùm esset suus tempore conditi testamenti, nec faciunt negocium verba huius tex. quia inquit Scæuola, vt non solùm illud primo capite notauerit, si nepos eo tempore instituatur quo filius non sit, verùm & si viuo patre instituatur, & sic non dicit induxerit, sed notauerit, quasi sit sensus, vt lex Vellea notauerit, nedum posse institui posthumum nepotem eo tempore, quo ipsius pater non viuit, quod lege 12. tab. erat permissum, sed etiam si viuo patre instituatur, quod erat denegatũ, cum eo tempore, conditi sc. testamenti, eiusmodi posthumus esset alienus, quod per innouationem induxit lex Vellea. & quoniam ratio prohibitionis antiquæ erat incapacitas, quæ considerabatur in nepote tempore conditi testamenti, propterea remouens dubitationẽ eiusmodi subdit Scæuola.

QVID ENIM NECESSE EST TEMPVS TESTAMENTI FACIENDI RESPICI, CVM SATIS SIT OBSEVARI ID TEMPVS QVO NASCITVR? sensus est, vt quemadmodum lege 12. tab. poterat institui posthumus nepos ex filio defuncto nasciturus, quia suus erat, & capax ita quoq; ex noua legis Velleæ prouisione posset institui, si tempore conditi testamenti viuat pater, cùm satis sit d. posthumum capacem esse tempore quo nascitur, in quod per suam prouisionem confertur institutio. Corroboratur etiam hic intellectus, quia in principio huius §. non dicit Scæuola legem Velleam induxisse, vt viuis nobis nati possent institui, sed vt testamentum non rumperent. Nepos ergo nasciturus ex defuncto filio, poterat olim institui, itaut ab initio illius institutio valeret, cùm posset post mortem nasci, sed si vsu veniebat, vt viuo auo testatore

nasceretur, licet esset institutus, rumpebat testamentum. Caeterum huic intellectui, qui videtur satis probabilis, aduersatur Vlpiani locus in fragmentis tit. 22. cuius verba sūt haec. Eos, qui in vtero sunt, si nati sui haeredes nobis futuri sunt, possumus instituere haeredes: siquidem post mortem nostram nascantur, ex iure ciuili, si vero viuentibus nobis ex lege Iulia, lex igitur Iulia Vellea non notauit solummodo sed per innouationem induxit, vt posthumi qui nascerentur viuo parente, qui ciuili iure idest lege 12. tabularum non

10 *poterant institui, instituerentur, id quod non obscure colligitur etiam infra ex §. ille casus, dum inquit Scaeuola. deniq; & superiore capite, vt liceat institui nondum natos, qui cum nascentur viuo, sc. testatore, sui erunt, deinde subdit, posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi, apertam constituens differentiam inter secundum caput, & hoc primum, quo certissimi iuris est inductum fuisse ut possint institui posthumi, tam filij, quam nepotes, vel deinceps, qui sui viuo testatore nascerentur, qui antea nullo iure poterant institui. Animaduertendum igitur est secundo loco ante legem Velleam non nisi vnicum posthumorum genus fuisse, eorum sc. dumtaxat, qui nascerentur post mortem parentis l. 3. §. .i. infra tit. prox. tunc ergo, aut iam nati, aut posthumi instituebantur, & non nati qui vt posthumi instituebantur, instituebantur si nascerentur post mortem, vt aperte docet Paul. lib. 3. recept. sententiarū*

11 *tit. 4. in fine, cuius verba sunt haec. talis est posthumorum institutio. Qui post mortem meam posthumi nati fuerint, haeredes mihi,*

12 *estote: si viuo eo nascantur rumpunt testamentum. Dum ergo permittebat lex. 12. tab. suos posthumos institui, intelligebat de illis, qui nascebantur post mortem testatoris, non de ijs, qui nascebantur eo viuo, tùm quòd posthumi non dicebantur illi, qui nascebantur viuo parente d. l. 3. in §. 1. tùm quòd de illis non erat ita laborandum, cum vbi nascerentur viuo parente, si rumperent testamentum, non esset adepta facultas testatori iterum testandi, eo ergo tempore semper, licet facta esset institutio posthumorum, si post conditum testamentum viuo testatore sui nascebantur, rumpebant testamentum, cum non comprahenderentur institutione illa de posthumis facta, quandoquidem, posthumi eo*

13 *modo non nascebantur, & haec fuit etiam causa cur Gallus prouiderit solummodo posthumis nepotibus nascituris post mortem aui, quia alioqui fecisset contra legem 12. tab. quę nolebat nascituros in vita patris institui posse, nec si sui fuissent tempore conditi testamenti, vt puta quia essent in vtero vxoris, vel nurus praegnantis ex filio defuncto, quod facere non poterat Gallus Aqui-*

14 *lius, qui erat simplex I. C. & propterea lege Vellea fuit opus, siuè igitur essent pręteriti posthumi siue instituti, semper, vbi post conditum testamentum ante mortem parentis nascebantur illud rumpebant, vt disertis verbis dicit Paulus lib. 3. sententiarum tit. 4 donec superuenit lex Iulia Vellea, quę prohibuit eiusmodi filios, vel nepotes, qui nascerentur sui viuo testatore, rumpere testamentum, si essent instituti vel nominatim exhaeredati, vt apertè ait etiam tex. in d. l. 3. §. .i. infra tit. prox. sed ij, qui post testamentum factū in vita nascuntur, inquit Vlpian. ita demum per legem Velleam rumpere testamentum prohibentur, si nominatim sint exhaeredati.*

15 *Duplex igitur nouum ius primo legis Velleę capite factum est, Alterum, vt institui possint posthumi sui etiam viuo testatore nati, Alterum vt etiam purè institui possit is posthumus, qui, testamenti tempore, sit alienus vt rectè obseruat etiam Antonius Faber lib. 9. coniectur. iur. ciuil. capit. 17. si igitur quis hodie, vel simpliciter instituat posthumum suum, vel si nascatur in vita, valet institutio, qua olim non valebat, nec si nascatur viuo testatore institutus rumpit testamentum, secus autē si instituatur vbi post mortem nascatur l. commodissimè supra eodem.*

16 *NAM ET SI ITA VERBA SVNT. Cuiacius autem, & alij legunt. nam, & ita verba sunt, quasi vacet particula, si, cui deinde nihil respondet, sed forte etiam his, potest retineri Pandectarum Florentinarum lectio, cum particulę, si, satis respondere videatur particula, etiam, vt infra videbimus.*

17 *QVI TESTAMENTVM FACIET, IS OMNIS VIRILIS SEXVS, QVI EI SVVS HERES FVTVRVS ERIT, ET CAETERA. hac legis verba suppleri debent, cum aliquid omissum a Scaeuola fuisse constet ex particula, & caetera, qua sępe vtuntur tabelliones compendiosè clausulas suis instrumentis inserendo, addenda igitur sunt haec, vel similia verba, instituendi vel exhaeredandi potestatem habento, argumēto*

l. 3.

l. 3. §. 1. infra titulo prox. Hic autem ad vnum animaduertendum est, verba illa, virilis sexus, esse ad testatorem referenda, non ad hæredem, alioqui excluderentur ab hac prouisione legis Velleę posthumę, quę, & ipse, vbi suæ nascantur, rumpunt testamentum prætertita §. 1. institut. de exhared. liber. quod esset absurdum, cum, & neptis posthumus sua formula Gallus fuerit complexus. vel igitur referas ad testatorem, quod fieri potest sine aliqua verborum alteratione, quicquid aliqui comminiscantur hic, vel explica is omnis virilis sexus idest per virilem sexum descendentes, vt facit Perott. hic in fine per tex. in d. l. 3. in princ. infra tit. prox. sed tutior est prima expositio, cum hac pro-

28 uisio legis Velleæ non sit necessaria fœminis testantibus, quarum testamenta agnatione suorum, quibus carent rumpi nequeunt, obseruandum etiam est hic dictum esse, qui ei suus hæres futurus erit, quia agitur de nascituro viuente, testatore, qui non nascitur suus simpliciter, sed suus futurus, vt sæpe ex Salamonio docuimus. cum hoc eodem tex. quicquid dicant alij, coniunctim debēt legi, vt in Pandectis Florentinis, sequentia verba.

29 ETIAM SI VIVENTE) PARENTE VIVO NASCANTVR. duplex in his verbis est error, alter quia vacat dictio, viuente, vt rectè Cuiac. & alij obseruant, id quod videtur etiā innuisse Pandectarum Florentinarum scriptor, cum d. particulam circlo incluserit, vt notaret eam superabundantem. quandoquidem ipse signa eiusmodi distinguendæ orationis gratia nunquam consueuit apponere. vniuersas.n. scripsit Pandectas sine punctis, sine comis, & sine aliqua distinctione vel orthographia ratione, alter autem error est, quia, nascatur, non nascantur legi

20 debet. sensus autem est, vt licet verba legis Velleæ videantur innuere, nepotem instituendum, suum hæreden. futurum esse debere tempore conditi testamenti, quatenus ita scripta sunt. Qui testamentum faciet is omnis virilis sexus, qui ei suus hæres futurus erit, & cætera, tamen etiam si viuo parente testatore suus hæres futurus nascatur, satis est, cum satis sit id tempus obseruari quo nascitur, vt supra dictū est, & hic intellectus optime respondet ei quod supra. dicebatur nimirū legē Velleā induxisse, vt nepos institutus, non solum non rumperet testamentum, vbi viuo testatore nascatur si tempore testamenti pater illius non erat, sed etiā vbi erat quidem pater illius tempore testamenti, sed quando natus est viuo testatore, auo suus futurus natus est, & hoc modo intelligendo, non vacat particula, si, &, illi, optime respondet particula, etiam, nam, & si verba ita sint &c. etiam si parenti viuo nascatur institui potest, & ex his, nisallor, planissimus, & explicatissimus redditus est hic §. alioqui difficillimus, & maxime inuolutus.

SVMMÆ RERVM, & verborum.

1 Lex Vellea duo tantum habebat capita.
2 Nepos ex filio etiam institutus vel nominatim exhæredatus, si in locum patris succedendo post conditum testamentum suus auo efficiebatur, rumpebat testamentum ante secūdum legis Velleæ caput.
3 Ratio communis, ob quam nepos etiam institutus succedendo in locum sui rumpebat testamentum.
4 Institutio serui non fit irrita quia post conditum testamentum manumitatur.
5 Institutio filij in potestate non fit irrita emancipatione.
6 Institutio extranei non fit irrita illius arrogatione.
7 Hęredis instituti qualitas, aut casu, aut testatoris facto, post conditum testamentum, mutari potest.
8 Hæredis qualitate mutata post conditum testamentum, casu & sine facto testatoris, fit irrita hæredis institutio, secus si facto testatoris.
9 Iuris ratio non patitur vt quis sine facto suo hęredem habeat diuersæ qualitatis ab eo quē instituit.
10 Lex filio §. titius supra eodem declaratur.
11 Emendatio communis probatur.
12 V. litera loco B. & econtra sæpe posita est a scriptore P. F. qui grecus erat.
13 Comprahensio excludit extensionem.
14 Deportatione, & emancipatione desinit quis esse suus, quemadmodum morte.
15 Testamentum ruptum agnatione nepotis prateriti eo mortuo non reconualescit.
16 Differentia inter formulam Galli, & legem Velleam, & noua authoris declaratio.



Sequenti

§. IX.

SEquenti parte ſuccedentes in locum liberorum, non vult lex rumpere teſtamentum, & ita interpretandum eſt, vt ſi & filium & nepotem & pronepotem habeas: mortuis vtique pronepos inſtitutus ſuccedens in ſui hęredis locum, non rumpat. Et venè verba ſe habent. Si quis ex ſuis hęredibus ſuus hæres eſſe deſierit, ad omnes caſus pertinentia, quos ſupplendos in Galli Aquilij ſententia diximus. nec ſolùm ſi nepos viuo patre decedat, nec ſuccedens pronepos auo mortuo rumpat: ſed & ſi ſuperuixit patri, ac decedat. dummodo heres inſtituos ſit aut exheredatus.



IVIDITVR ex ſententia Baldi hic §. in quatuor partes, in prima breuiter admonet Scęuola ad quos ſecundum legis Velleæ caput referatur: in ſecunda illud exemplis declarat: in tertia recenſet nonnulla verba ſecundi capitis eiuſdem legis Velleæ, eademq; declarat, in quarta & vltima, inferendo ex iam dictis, ſcribit effectum quendam d. ſecundi capitis, in quo differt prouiſio legis Velleæ a Gallì cautione. ſecunda ibi, & ita. tertia ibi, & venè. quarta ibi, nec ſolùm.

1 *SEQVENTI PARTE. inquit tex. i. ſecundo capite, duo n. tantum habebat lex Vellea capita.*

2 *SVCCEDENTES IN LOCVM LIBERORVM, NON VVLT LEX RVMPERE TESTAMENTVM. ſenſus eſt, vt vbicunq; nepotes, pronepotes, vel deinceps; tempore conditi teſtamenti in humanis exiſtentes, ſuccedendo in locum ſui agnaſcuntur auo vel proauo, prohibeantur rumpere teſtamentũ, ſi in eo ſint inſtituti, vel nominatĩ exhæredati l. 2. Cod. de lib. præter. l. 3. §. 1. ſ. tit. prox. ante legem. n. Velleam, vbi quis habebat filium, & ex eo nepotem, ſi poſt conditum teſtamentum, in quo erat inſtitutus, vel exhæredatus nepos, moriebatur filius, & nepos in locum filij, qui erat ſuus, ſuccedebat, illud ipſum teſtamentum in quo erat inſtitutus, vel exhæredatus rumpebat. vt rectè docet (quicquid dixerint Alciat. & Cuiac.) Ant. Faber lib. 9. coniectur. iur. ciuil. cap. 18. & non obſcurè colligitur ex l. 2. §. 1 infra de vulg. &*

3 *pupill. verùm difficile eſt veram reddere rationem, ob quam nepos, quem pater præcedebat, etiam inſtitutus rumperet teſtamentum, quando ſuccedendo in locum patris, auo ſuus efficeretur. Puto tamen ego veram eſſe rationem, quia nepos ab auo, qui filium teſtamenti tempore ſuperſtitem habebat nominatim inſtitutus, vel exhæredatus, non poſſet videri inſtitutus vel exhæredatus tamquàm ſuus, ſed tamquàm extraneus, cùm eo tempore ſuus non eſſet: quamobrem mutata deinde qualitate eſſentiali hæredis, dum de extraneo ſucceſſore ſuus efficiebatur, fiebat irrita illius hæredis inſtitutio, & teſtamentum, quaſi fuiſſet præteritus, infirmabatur. Hanc tamen communem, & veram rationem reprobat Anton. Faber lib. 9. coniect. iur. ciuil.*

4 *cap. 19. quia obſeruat, vbi inſtituitur ſeruus tamquàm hæres neceſſarius, non ideò, quia manumittatur, & de neceſſario fiat voluntarius irrita fit hæredes inſtitutio §. ſeruus autem inſtitut. de hęred. inſtitut. Vlpian. in*

5 *fragment. tit. 22. & filius quoq. inſtitutus, ſi emancipatur non fit irrita illius inſtitutio, ſed ipſe de ſuo hęrede, & neceſſario fit voluntarius, vt in § vltimo hac eadem l. noſtra, &*

6 *quod magis conuincere in hac materia videtur, ſi extraneum inſtituo, quem poſtea in filium vel in nepotem, quaſi ex filio defuncto, arrogem, ita vt mihi agnaſcatur, & ſuus efficiatur, iuxta princ. inſt. quibus mod. teſt. infirm. non propterea fit irrita hęredis inſtitutio l. ſi quis hæres. infra tit. prox. l. filio §. ſi Titius. hoc eodem tit. noſtro. Igitur nec in caſu noſtro, quia nepos ex filio viuente inſtitutus ſucceſſione in locum patris, de extraneo ſuus efficiatur, videbatur debere rumpere teſtamentum, itaut neceſſarium eſſet ſecundũ legis Velleæ caput prohibere eum, ne rumperet teſtamentum. Sed facilis, ni fallor, eſt ſolutio, licet non adhuc ab aliquo animaduerſa, nam circa perſonam inſtituti duobus modis contingit fieri mutationem, aut teſtatoris facto, aut caſu, & citra factum illius.*

Si fit

8 *Si fit mutatio qualitatis essentialis haeredis instituti testatoris facto, nimirum manumissione, emancipatione, vel arrogatione, haeredis institutio non fit irrita, sed vbi casu fit mutatio, puta quia nepos institutus, mortuo, vel deportato patre, successione suus auo ef-*
9 *ficiatur, vt in casu nostro, quia ratio iuris nõ patitur, vt quis absq; facto suo habeat diuersę qualitatis haeredē ab eo quem instituit, rumpitur mutata haeredis qualitate testamentum, & hanc ob causam fuisse necessarium secundum legis Velleę caput, iuris certissimi esse arbitror, nec refragatur nostrae*
10 *huic declarationi d. l. filio in §. Titius supra eodem, vbi, per mortem filij succedendo arrogatus nepos in locum illius, non rumpit testamentum, in quo erat institutus, licet morte filij, & sic casu, non facto testatoris, fiat haeredis mutatio. de non suo in suum: quia ibi casum mortis filij praecesserat factum arrogationis nepotis, sine qua non potuisset fieri circa haeredis personam mutatio, quamobrē, tamquàm ad primam causam; potius mutatio illa ad testatoris factum, quàm ad casum est referenda, ratio autem ab Anton. Fabro in d. cap. 19. reddita ita subtilis est, vt etiam intellectus oculos effugiat.*

11 *ET ITA INTERPRETANDVM EST, VT SI ET FILIVM ET NEPOTEM ET PRONEPOTEM HABEAS: MORTVIS VTIQ;. filio sc. & nepote, vel legendum est loco dictionis vtiq;, vtrisq;, vt in vulgatis codicibus, quę emendatio probabilis est.*

PRONEPOS INSTITVTVS SVCCEDENS IN SVI HEREDIS LOCVM, NON RVMPAT. quod igitur dicitur de nepote, etiam in pronepote locum habet, nam si testator habens filium nepotem, & pronepotem, dicat, filius haeres esto, & si quis ex suis haeredibus suus haeres esse desierit, qui in locum illius successerit, haeres esto, mortuo filio, & nepote, pronepos qui, efficitur suus non rumpit testamentum, sed ex eiusmodi institutione admittitur.

12 *ET VENE inquit codex Florentinus, sed bene legendum est, vt in vulgatis codicibus frequenter in errore scriptoris Pandectarum Florentinarum, qui graecus fuit, factum est, vt reperiatur littera V. loco B. & econtra.*

ET BENE VERBA SE HABENT secundi capitis scilicet quae sunt haec.

13 *SI QVIS EX SVIS HEREDIBVS. SVVS HERES ESSE DESIERIT. AD OMNES CASVS PERTINENTIA, QVOS SVPPLENDOS IN GALLI AQVILII SENTENTIA DIXIMVS. ratio autem cur bene se habent, quia vt sub sit Scaeuola, ad omnes casus pertinet, ad quos fuit extensa formula Galli, sine aliqua extensiua interpretatione, nihil n. necesse est extendere eam ad pronepotem, cùm haec verba, si quis ex suis haeredibus suus esse, nō solum referantur ad filium, si desierit esse suus, sed etiam ad nepotem, & ad quem uis; ex vlterioribus liberis, qui desinat esse suus, ita vt semper succedens in eius locum, per haec generalia verba sit vocatus. Praeterea non est opus in hoc secundo legis Velleae capite, extensiuam adhibere interpretationem ac casum deportationis, vel emancipationis, cùm necessariò casus eiusmodi comprehendan-*
14 *tur verbis ipsius legis, quandoquidem definit quis esse suus aeque propriè ac per mortem, etiam deportatione, & emancipatione.*

NEC SOLVM SI NEPOS VIVO PATRE DECEDAT, NEC SVCCEDENS PRONEPOS AVO MORTVO RVMPAT: sensus est, si sit institutus pronepos, hoc modo filius hęres esto, & si filius suus esse desinat nepos haeres, vel exhęres esto, & si nepos suus hęres esse desinat, pronepos haeres esto, tunc, non solùm si nepos testatoris moriatur viuo filio eiusdem testatoris patre suo, ita vt pronepos testatoris succedat in locum filij testatoris aui sui, testamentum proaui non rumpat, pro vt in vltimo casu §. idem credendū supra eadem l nostra.

SED ET SI SVPERVIXIT PATRI, AC DECEDAT. idest, sed etiam vbi nepos testatoris superuiuit patri suo filio eiusdem testatoris, deinde decedit, ita vt pronepos succedat, non in locum aui, sed in locum patris.

15 *DVMMODO HERES INSTITVTVS SIT AVT EXHEREDATVS. vt in exēplo s posito, alioqui, si diceretur filius, haeres esto, & si filius et nepos sui esse desināt, pronepos hęres esto, tunc si moreretur filius testatoris, nepos praeteritus succederet in locum filij, & rumperet testamentum, & propterea, nec pronepos, moriente nepote, posset admitti ex testamento, quòd l, cum sit ruptum agnatione nepotis praeteriti, nec eodem nepote mortuo*
16 *reconualescit, instit. in princ. de exhared. lib. & in hoc longa est differentia inter formulam Galli, & prouisionem legis Velleae, quia*

qui

qui ſecundum formulam Galli, cùm habeat filium, & nepotem viuentem, vult inſtituere pronepotem, cogitur præterire nepotem, qui non poteſt fieri ſuus, cùm iam natus ſit, niſi per ſucceſſionem in locum patris, in quẽ caſum rumpit teſtamentum, viuente teſtatore, & ſecundum legem 12. tabularum ſuus futurus, qui viuo teſtatore poſſet rumpere teſtamentum, inſtitui poterat, ſed dumtaxat qui poſt mortem agnaſcebatur, nam, quando rumpebat viuo teſtatore, ſatis erat vt teſtator poſſet iterum teſtari. vbi per legem Velleam generaliter prouiſum eſt, vt poſſit inſtitui, qui poteſt quoquomodo fieri ſuus in vita teſtatoris, & rumpere teſtamentum, in hunc caſum ſʒ. vbi ſuus in vita fieret, vel natiuitate, vt per primum caput, vel ſucceſſione, vt per ſecundum, & hic, niſi fallor, eſt verus huius loci intellectus quem non videntur alij aſſecuti, & propterea nonnulli, & in primis Cuiac. confugiunt ad variationem litteræ, & vbi legitur, nec ſuccedens pronepos auo mortuo, legunt, nec ſuccedens nepos, non animaduertentes dici pronepotem reſpectu teſtatoris proaui, cui efficitur ſuus mortuo primum patre ſuccedendo in locum aui filij teſtatoris, qui vltimus moritur.

SVMMÆ RERVM, & verborum.

1 *Suus deſinit eſſe hæres qualibet capitis diminutione.*
2 *Suus, an deſinat eſſe exhæredatione.*
3 *Lelij Taurellij emendatio, non recipitur.*
4 *Liberorum appellatione veniunt omnes deſcendentes.*
5 *Teſtamentum, per ſucceſſionem in locum ſui, rumpebatur ante legem Velleam.*
6 *Inducere per interpretationem, eſt extendere ad caſum verbis non expreſſum.*
7 *Lex vbi non diſtinguit, nec nos diſtinguere debemus.*
8 *Suus qui eſt tempore mortis teſtatoris, non deſinit amplius eſſe ſuus.*
9 *Nepos non dicitur fieri ſuus auo, niſi ſecuta vera, & naturali morte patris exiſtentis apud hoſtes.*
10 *Mortuus apud hoſtes fictione legis Corneliæ, fingitur mortuus prima hora captiuitatis.*
11 *Legis Velleæ caput ſecundum ad eos pertinet, qui ſucceſſione ſuitatem naſcuntur.*
12 *Teſtamenti fauore interdum accipitur, non integra, ſed dimidia pars legis Corneliæ.*

---

§. X.

Videndum, num hac poſteriore parte, ſi quis ex ſuis heredib. ſuus heres eſſe deſierit, liberi eius, & cetera. in locum ſuorum ſui heredes ſuccedunto, poſſit interpretatione induci, vt ſi filium apud hoſtes habens, nepotem ex eo heredem inſtituas: non tantum ſi viuo te filius decedat, ſed etiam poſt mortem, anteaquam ab hoſtibus reuerſus fuerit, ſuccedendo non rumpet. nihil enim addidit, quo ſignificaret tempus: niſi quòd, licet audenter, poſſis dicere viuo patre hunc ſuum heredem eſſe deſiſſe, licet poſt mortem decedat: quia nec redit, nec poteſt redire.



IC Scæuola extendit diſpoſitionem legis Velleæ per interpretationem, ad caſum, qui non videbatur cõprehenſus verbis eiuſdem legis, et poteſt bis tex. ex ſententia Baldi, facilioris intelligentię gratia, diuidi in tres partes, nam in prima excitat quæſtionem, in ſecunda in medium affert rationem quandam, quæ confert ad quæſtionis propoſitę ſolutionem, in tertia aliam rationem reddit, ſecunda ibi. nihil enim, tertia ibi. niſi quod.

VIDENDVM, NVM HAC POSTERIORE PARTE idest ſecundo hoc legis Velleæ capite.

1 *SI QVIS EX SVIS HEREDIBVS SVVS ESSE DESIERIT. deſinit autem quis ſuus eſſe hæres quauis capitis diminutione l. 1. §. ſi filius, & l. capitis de ſuis & le-*

& legis. item seruitute pœne l. si quis filio §. siuè autem in fin. infra tit. prox., & secun-
2 dum aliquos etiam exhæredatione l. si quis §. 1. supra eod. sed rectius sentit Ant. Faber lib. 9. coniectur. iur. ciuilis, ius sui exhæredatione non perimi, & videtur vt conditio hæc debeat purificari viuo auo, vt in l. 2. C. de lib. præter. & in l. si quis posthumus supra eod. nec non in l. si quis C. de inoff. test. & hoc ex rei natura per se ac sua sponte intelligitur, quia sc. si post mortem aui filius moriatur, non est locus huic successioni secundi capitis legis Velleæ, vt per Duaren. hic, & nos fusius infra docebimus.

3 LIBERI EIVS. ET CETERA. Hic supplendum fortè est vna cum Dyno instituti, vel exheredati, nec placet emendatio Lelij Taurellij, qui loco illius particulæ, & cætera, legit, & cæteri, cum absq; alia
4 additione appellatione liberorum veniant omnes descendentes l. liberorum in princ. ff. de verb. sign.

IN LOCVM SVORVM SVI HEREDES SVCCEDVNTO. cum effectu sc. etiam quo ad hæreditatem ipsam, ita vt instituti eam consequantur, exhæredati excludantur,
5 non secus ac si sui fuissent tempore conditi testamenti, nec sensus est legem Velleam fecisse, vt nepotes succederent in locum filij, qui desineret esse hæres, & testamentum rumperet, hæc n. successio quo ad suitatem, antea cum suo effectu rumpendi testamenti dabatur l. 2. §. 1. infra de vulg. & pupill. l. 2. C. de lib. præter. & ex alijs adductis ab Anton. Fabr. lib. 9. suarum coniectur. iur. ciuil. cap. 18 sed secundum legis Velleæ caput prohibuit eos testamentum rumpere d. l. 2. §. 1.

6 POSSIT INTERPRETATIONE INDVCI, idest extendi ad casum, qui subijcitur, verbis legis non expressum.

VT SI FILIVM APVD HOSTES HABENS, NEPOTEM EX EO HEREDEM INSTITVAS: NON TANTVM SI VIVO TE FILIVS DECEDAT, SED ETIAM POST MORTEM, ANTEQVAM AB HOSTIBVS REVERSVS FVERIT, SVCCEDENDO NON RVMPET. dixeras enim testando, si filius hæres suus esse desinat, nepos hæres esto, erat. n. dubitatio, quia filius, qui est apud hostes tempore conditi testamenti, cùm non sit hæres suus; tunc ob captiuitatem in eo non verificantur verba illa, si hæres suus esse desierit, quòd si possunt verificari, quia dicatur desinere esse suus, cùm moriendo apud hostes amittit omnem spem futuræ suitatis, alia dubitatio maior insurgit, propterea quòd desinit esse suus post morte testatoris, & illa verba legis Velleæ, si quis ex suis hæredibus suus hæres esse desierit, intelliguntur idest viuo testatore, cùm post mortem nepos fiat in potestate patris, & impediatur fieri suus, & habilis ad hæreditatem.

NIHIL ENIM ADDIDIT, QVO SIGNIFICARET TEMPVS. hic versiculus duobus modis potissimum intelligitur, vno modo, vt sit quædã ratio dubitãdi, sic intelligunt Taurell. & Duaren. quasi sit sensus, nihil legem addidisse, quo significaret, & comprehenderet hoc successionis tempus post mortem aui de quo in casu proposito. & propterea non posse ex verbis legis sumi argumentum, cuius virtute eandem legem ad casum hic propositum producamus: Altero autem modo intelligitur ab alijs communiter, vt contineat rationem, ob quam probetur admittendã esse extensionem ad hunc casum, quasi illius sententia sit legis Velleæ conditionem, si suus hæres esse desierit, simpliciter prolatam esse, & sine aliqua temporis addiectione, an sc. desinat esse suus viuo testatore, an post, quamobrem, vbi lex non di-
7 stinguit, nec nos distinguere debemus, ita intelligunt Bart. Bald. & alij, & præsertim Emil. Perot. hic, quod mihi probabilius videtur, non enim ideo debet purificari conditio legis Velleæ, vt filius desinat esse suus viuo testatore, quia quicquam de hoc tempo-
8 re fuerit expressũ, sed quia qui suus est tempore mortis testatoris, non desinit amplius esse suus, & licet moriatur, non ideo nepos, qui incidit in patris potestatem post mortem aui, successione efficitur suus auo, sed tanquam suus patri succedit, qui fuit suus auo. vbi igitur possit dari casus, vt quis succedendo in locum patris fiat suus auo post mortem eiusdem aui, vt in casu huius § nihil est impedimento quo minus sit locus legi Velleæ.

NISI QVOD, LICET AVDENTER, POSSIS DICERE VIVO PATRE HVNC SVVM HEREDEM ESSE DESIISSE, LICET POST MORTEM DECEDAT: QVIA NEC REDIT, NEC POTEST REDIRE. hic aliam Scæuola rationem affert, ob quam extensionem hanc admittendam putat, quia sc. licet

re vera moriatur filius apud hoſtes poſt
mortem teſtatoris, & conſequenter poſt mor
tem eiuſdem deſinat eſſe ſuus hæres, & per
ſucceſſionem ſuus fiat nepos, dici tamen po-
teſt, quamquam audenter, nepotem fieri ſuũ
ante mortem teſtatoris, nam quia, nec re-
dit filius, nec redire poteſt, cùm mortuus ſit,
cenſetur per fictionem legis Corneliȩ antea
mortuus, & conſequenter antea ſuus eſſe de-
ſiyſſe, ita vt verificentur, eiuſmodi in caſu,
verba legis, etiam vbi in illis tempus ante
mortem aui ſit expreſſum. Dicit autem Scæ-
9 *uola, licet audenter, quia, veritate inſpecta,*
non dicitur fieri ſuus nepos, niſi ſecuta vera,
& naturali morte patris apud hoſtes, propte
rea quòd antea in ſuſpenſo eſt ius patriȩ po-
teſtatis, a quo ſuitas pendet; eſt igitur audax
dictum Scæuolæ, quia veritati aduerſatur, li-
cet a fictione colorem habeat. Cæterùm di-
xeris. nec fictione iuuatur dictum Scæuolæ,
10 *quandoquidem, fictione inſpecta, cùm per le-*
gem Corneliam filius qui moritur apud ho-
ſtes cenſeatur mortuus prima hora captiui-
tatis, conſequens eſt, vt deſierit eſſe ſuus an-
te teſtamentum, ita vt tunc, tempore ſz. con-
diti teſtamenti, cenſeretur ſuus nepos, quamo-
brem tunc poterat inſtitui (cùm eſſet natus,
& ſuus) communi iure, nec erat opus lege
11 *Vellea, cuius ſecundum caput ad illos nepo-*
tes pertinet, qui ſucceſſione naneiſcuntur
ſuitatem poſt conditum teſtamentum, ſed
forte reſponderi poteſt, quia fictione inſpe-
cta deſinit eſſe ſuus hæres filius mortuus
apud hoſtes ante conditum teſtamentum,
inſpecta autem veritate deſinit eſſe hęres
poſt mortem teſtatoris, fauore teſtamenti,
nec in totum fictioni ſtandum eſſe, nec ve-
ritati, ita vt non cenſeatur deſiyſſe ſuum
eſſe ante conditum teſtamentum, quan-
doquidem teſtando bene tunc de eo pater
ominabatur, nec poſt mortem teſtatoris, ſed
medio tempore, nimirùm poſt teſtamentum
conditum ante mortem, & ſic accepta, non in
tegra, ſed dimidia parte legis Corneliæ, vel
eius fictionis, quod alias factum eſſe fauore
teſtamenti probatur l. ſi quis poſthumos §. 1.
verſ. diuerſum ſupra eodem, & l. ſi quis fi-
lio §. 2. infra tit. prox. ſed veniamus ad §. ille
caſus.



SVMMÆ RERVM, & verborum.

1 *Indifficile, ideſt valde difficile.*
2 *In facili eſſe dicitur, quod facile eſt.*
3 *In difficili eſſe dicitur, quod eſt difficile.*
4 *Legis Velleæ primum caput eos dumtaxat admittit, qui ſui naſcuntur viuo teſtatore.*
5 *Cuiacij, Taurellij, & aliorum cõmunis emendatio non recipitur, ſed Pandectarũ Florentinarum lectio defenditur.*
6 *Nepos natus, viuente patre ſemper potuit inſtitui tamquam extraneus, & tamquam ſuus quando in eodem teſtamento illius pater exhæredabatur.*
7 *Nepos natus viuente patre, ſi poſt conditum teſtamentum agnaſcebatur auo. ſuccedendo in patris locum, etiam inſtitutus vel nominatim exhæredatus, rumpebat teſtamentum ob caſualem perſonæ mutationem.*
8 *Legis Velleȩ ſecundum caput non permittebat vt aliquis poſſet inſtitui, ſed vetabat teſtamentum rumpi.*
9 *Poſthumus non poterat vtiliter inſtitui quando naſcebatur viuente teſtatore poſt conditũ teſtamentum.*
10 *Tamen, eſt dictio aduerſatiua.*
11 *Emendatio quorundam non admittitur.*
12 *Lelij Taurellij lectio, & declaratio non improbatur.*
13 *Perotti, & aliorum declarationes referuntur.*
14 *Auctoris emendatio, & declaratio.*
15 *Non natus de quo hic, nullo vnquam iure potuit inſtitui.*
16 *Argumentum a conbinatione duarum legum valet.*
17 *Emendatio, & declaratio communis probatur.*
18 *Rationes dubitandi explicantur.*
19 *Emancipatio tollit ſuitatem, & facit de hærede neceſſario voluntarium.*
20 *Emancipatio, hæredis inſtitutionem non facit irritam.*
21 *Rationes dubitandi ſoluuntur.*
22 *Mutatio qualitatis hæredis ex facto teſtatoris non facit irritam inſtitutionem.*
23 *Admonitio ad lectorem.*

---

§. XI.

ILle caſus in difficili eſt, ſi filium habeas, & nepotem nondum

natum

natum instituas, isq; nascatur viuo patre suo, ac mox pater decedat. non enim suus heres est tempore quo nascatur: nec posteriori alij succedendo prohiberi videtur rumpere, quàm qui iam natus erit. Denique, & superiore capite, vt liceat institui nōdum natos, qui, cùm nascentur sui erūt, permitti. posteriore capite non permittit institui: sed vetat rumpi. neue ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porrò procedere debet, vt vtiliter sit institutus (quod nullo iure potuit) qui nondum natus erat? Iuliano tamen videretur, duobus quasi capitibus legis commixtis, in hoc quoq; inducere legem, ne rumpantur testamenta. Quæremus tamen, cùm recepta est Iuliano sententia, an si nascatur nepos viuo patre suo, deinde emācipetur, sponte adire possit hereditatem. quod magis probandū est. nam emancipatione suus heres fieri non potuit.



ABET vltimus hic §. ex sententia Baldi, quatuor principes partes. in quarum prima proponitur difficilis quæstio de casu Iuliani. in secunda afferuntur rationes dubitandi, in tertia habetur solutio, & decisio quæstionis, in quarta, & vltima proponitur, & soluitur alia quædam quæstio a superioribus pendens. secunda ibi. non enim. tertia ibi Iuliano tamen. quarta ibi Quæremus tamen.

1 ILLE CASVS IN DIFFICILI EST. aliàs indifficilis, quod interpretantur idest valde difficilis. sed in Pandectis Florentinis legitur, quod magis placet, in difficili, & vt
2 obseruat Cuiac. latinè rectè dicimus quod facile est, esse in facili, vt in l. in confirmando. §.
3 de confirmando tutore, quod autem difficile est, & ambiguum, esse in difficili, vt hic, & in l. suus. §. puto. infra de hered. instit. vbi pariter debet legi in difficili, vt in Pandectis Florentinis: non indifficilis, vt in vulgatis codicibus. & Liuius. tertio. moderatio, inquit in tuenda libertate in difficili est. difficilis autem est casus, de quo in hoc textu, quia nō facile dignoscitur ad quod legis Velleæ caput debeat referri, nam, quo ad factum, vt dicit Taurell. facilis est casus, qui exprimitur ab auctore huius responsi, his verbis.

SI FILIVM HABEAS, ET NEPOTEM NONDVM NATVM INTITVAS, ISQ; NASCATVR VIVO PATRE SVO, AC MOX PATER DECEDAT. & sic nascatur non suus, sed ante mortem aui, decedente patre, suus efficiatur successione. queritur ergo an vtiliter possit institui, & videtur respondendum negatiuè per hæc quæ subijciuntur.

4 NON ENIM SVVS HERES EST TEMPORE QVO NASCATVR. & consequenter non potest admitti secundum primum legis Velleæ caput, quod eos duntaxat admittit, qui sui nascuntur viuo testatore.

5 NEC POSTERIORI ALII SVCCEDENDO PROHIBERI VIDETVR RVMPERE, QVAM QVI IAM NATVS ERIT. Cuiac. Taurell. & alij legunt nec posteriori alijs. vel alius, vt habetur in vulgatis codicibus. ego tamen non recedo a Pandectarum Florentinarum lectione. illud. n. pronomen, alij, est tertius casus, quem datiuum grammatici appellant. sensus ergo est horum verborum, quibus Scæuola ostendit hunc eundem casum nec ad secundum legis Velleæ caput pertinere. Nec posteriore sz. parte vel capite legis Velleæ, alij, idest alteri, qui suus esset succedendo prohiberi videtur rumpere, quàm qui iam natus erit tempore sz. conditi testamenti, nepos autem, de quo loquimur, licet succedat in locum patris, & nanciscatur suitatem viuo auo, natus tamen non erat tempore conditi testamenti, sed post illud conditum viuo patre nascitur. nec sine ratione dixit Scæuola prohiberi videtur, propterea quod non satis constat reuera ex verbis secundi capitis scriptis in præcedenti §. an secundum legis Velleæ caput sit ad na-

tos dumtaxat tempore conditi teſtamenti
reſtringendum, cum indefinitè loquatur, ſi
quis ex ſuis hę̄redibus ſuus eſſe deſierit, liberi
eius in locum ſuorũ ſui hæredes ſuccedunto.
DENIQ; ET SVPERIORE CAPITE VT
LICEAT INSTITVI NONDVM NA-
TOS, QVI CVM NASCENTVR SVI
ERVNT, PERMITTI. *ſed in caſu Iulia-*
ni, de quo hic, verſamur in nondum nato, qui
ſuus non naſcitur, cum naſcatur viuente pa-
tre. igitur per primum legis Velleæ caput
inſtitui non permittitur. deinde ſubdit Scæ-
uola, excludendo hunc eundem caſum a ſe-
cundo legis Velleæ capite.
6 POSTERIORE CAPITE NON PER-
MITTIT INSTITVI, SED VETAT
RVMPI. *quandoquidem nepos natus tem-*
pore conditi teſtamenti, quem pater pręce-
debat, quamquam de hoc fuerit dubitatum,
reuera poterat vtiliter inſtitui, ſemper tam-
quam extraneus, & tamquam ſuus, vbi pa-
ter illius exhæredabatur l. qui in aliena §. in-
7 *terdum. infra de acquir. hęred. quando tamen*
per ſucceſſionem agnaſcebatur auo, quia mu-
tabat eſſentialem hæredis qualitatem ſine
facto teſtatoris, vt ſupra tradidimus, licet
eſſet inſtitutus, rumpebat teſtamentum. quod
cum ita ſit, hac ratione excludit Scæuola hũc
caſum a ſecundo legis Velleæ capite. Vbi-
8 *cunq; is inſtituitur, quem neceſſarium eſt per*
mitti poſſe inſtitui, quia antea ſz. inſtitui
non poſſet, pertinere minime poteſt ad ſe-
cundum legis Velleæ caput, quo non permit-
tebatur, vt aliquis poſſet inſtitui, ſed ſolum-
modo vetabatur rumpi, vt conſtat ex §. ſe-
9 *quenti parte. ſupra hac eadem l. noſtra. At*
nepos non natus, quem præcedebat pater
tempore conditi teſtamenti, cum non poſſet
inſtitui ſi naſcebatur viuente auo, neceſſè
erat, vt permitteretur inſtitui, tum quod
alienus quando auus teſtabatur: tum quòd na-
ſciturus viuente auo teſtatore, inſtituebatur
poſthumus, & non poſthumus naſcebatur.
non enim niſi vbi naſcebatur poſt mortem
teſtatoris poſthumus inſtitui poterat. vt do-
cuimus ſupra ex Paulo I C. lib. 3. recepta-
rum ſententiarum tit. 4. vbi ſcribit formulã,
qua olim poſthumi inſtituebantur, q̃ recenſet
etiam Barna. Briſſon. lib. 7. de formul. pa-
gin. mihi 664 in princ. igitur caſus eiuſmo-
di poſthumi inſtituendi, non poteſt ad ſecun
dum legis Velleæ caput referri.
NEVE OB EAM REM MINVS RA-
TVM ESSET QVOD SVCCEDIT.
ſenſus eſt, quicquid dicant alij, & vetat ſecun-
do capite ab iſtis nepotibus natis teſtamen-
tum rumpi, ne ob eam rem, quòd ſuccedit, ne
ſz. ob eam cauſam, quia ſuccedit in locum
ſui, & agnaſcitur auo teſtatori, minus ratũ
eſſet teſtamentum, in quo eſſet inſtitutus vel
nominatim exhæredatus, quod fieri potuiſſe
ante legem Velleam ſtatuimus.
10 PORRO PROCEDERE DEBET, VT
VTILITER SIT INSTITVTVS. QVOD
NVLLO IVRE POTVIT QVI NON-
DVM NATVS ERAT. *eiuſmodi verba*
difficilia ſunt, & propterea vario modo legũ-
tur, & intelliguntur. nonnulli. n. quaſi hic ſit
concluſio ex ſupra poſitis rationibus dubi-
tandi, cui aduerſetur ſententia Iuliani, vt
patet ex dictione, tamen, ibi. Iuliano tamen
&c. legunt. Porro procedere debet vt inuti-
liter ſit inſtitutus, ſecundum quam lectionem,
bene poſtea ſequitur. quod nullo iure potuit
11 *qui nondum natus erat. cęterùm hanc lite-*
ræ variationem, quam nullius antiqui codicis
12 *auctoritas probat, ego non recipio. Lelius au-*
tem Taurellius, vt verba eiuſmodi in eundem
ſenſum trahat, notam interrogationis appo-
nit & legit. Porro procedere debet vt vtili-
ter ſit inſtitutus? quod nullo iure potuit qui
nondum natus erat. quaſi ſit ſenſus, hoc ex
ſupradictis rationibus eſſe abſurdum, & prop
terea optimè ſequitur poſtea aduerſatiuè.
Iuliano tamen videretur &c. lectio eiuſmodi
eſt ſatis probabilis, præſertim ſi parenteſi
includantur verba illa (quod nullo iure po-
tuit) ſimili quoq; modo legit Franciſcus Gra-
13 *tianus qui admiratiuè legendum admonet.*
quòd ſi malueris partem hanc ſine aliqua
interrogationis vel admirationis nota legere,
includenda cum Perotto ſunt parenteſi ver-
ba illa (quod nullo iure potuit) ita vt ſen-
tentia ſit. Porrò procedere debet, vt vti-
liter ſit inſtitutus, ideſt profectò recipi, &
admitti vel exaudiri debet, vt vtiliter, hoc-
eſt cum effectu, vel, vt Alciato placet libro 3.
Paradóx. capit. vltimo, vtiliter, ideſt per in-
terpretatione, quandoquidem eiuſmodi inſti-
tutio non poteſt dici directa, cum ex verbis
14 *expreſſis non fluat, ſit inſtitutus. Mihi ta-*
men magis placet vt legamus, Porrò præce-
dere debet, vt vtiliter, ideſt validè, & cùm
effectu ſit inſtitutus, quod nullo iure potuit
qui nondum natus erat, ideſt quãquam olim
non potuerit aliquo iure inſtitui non natus,
qui non eſſet ſuus ſz. vt hic. Approbat er-
go hęc pars Iuliani ſententiã, & rationibus
dubi-

dubitandi contradicit. Nec dicas recipi intellectum hunc minimè posse, quia malè post eiusmodi verba ita intellecta sequatur eiusdē Iuliani sententia aduersatiuè posita, nam respondeo verba illa, Iuliano tamen videretur, aduersari vel rationibus dubitandi supra positis: vel ei quod proximè dicebatur, quod nullo iure potuit qui nondum natus erat. quibus tamen ex verbis non debemus colligere vniuersaliter, quemadmodum nonnulli ineptissimè faciunt, iure antiquo non licuisse non natum instituere, propterea quod verba illa referuntur ad non natum, de quo agitur hic, in casu Iuliani, qui cum nascatur viuo testatore non suus, nullo iure potuit institui ante Iuliani interpretationem, non lege 12. tab. vel media iurisprudentia tum quia erat alienus & tempore conditi testamenti & cum nasceretur: tum quòd nascebatur viuo testatore, non secundum formulam Galli, quia nec suus nascebatur nec post mortem, vt illius formula requirebat: non per primum caput legis Velleç, quia non nascebatur suus sed fiebat per successionem: non per secundum, quia egebat permissione institutionis, quam non faciebat secundum caput: tum quod tempore conditi testamenti natus non erat.

16 *IVLIANO TAMEN VIDERETVR, DVOBVS QVASI CAPITIBVS LEGIS COMMIXTIS, IN HOC QVOQ; INDVCERE LEGEM, NE RVMPANTVR TESTAMENTA. sensus est, vt Iuliano visum sit, fauore testamentorum inducendam esse per argumentum a combinatione, seu coniunctione duorum capitum legis Velleæ, vt locum habeat etiam in casu hic proposito, propterea quòd quatenus hic nepos posthumus non natus indiget permissione institutionis, si nascatur viuo testatore, potest eam accipere a primo capite: quatenus autem debet prohiberi ne rumpat, si suus efficiatur per successionem, a secundo capite mutuare debet. sed veniamus ad vltimam particulam.*

17 *QVAEREMVS TAMEN, CVM RECEPTA EST IVLIANO SENTENTIA, AN SI NASCATVR NEPOS VIVO PATRE SVO, DEINDE EMANCIPETVR: SPONTE ADIRE POSSIT HEREDITATEM. sic legitur in Pandectis Florentinis. Cum recepta est Iuliano, & admittit lectionem hanc Taurell. explicans, cum recepta est Iuliano sententia, idest ipsi Iuliano probata, sed magis placet vt legamus, vt in vulgatis codicibus, cum recepta est Iuliani sententia, ab alijs sc. Stante igitur sententia Iuliani, quaritur vt supra*
18 *in tex. & videbatur respondendum, secuta emancipatione nepotis, nec esse admittendum quidem, vt ex voluntate adeat hereditatem, primum quia quatenus pendet hic casus a primo capite, non videtur purificari conditio, vt hæreditas deferatur suo & per illud. n. caput instituitur qui ei suus hæres futurus erat, vt expressum est verbis ipsius legis. Praterea ex posteriore capite videbatur requiri, vt in locum sui succederet per illa verba, in locum suorum sui hæredes succednnto. Accedat etiam quòd videtur institutus hic nepos eam solam ob causam, ne rumpat testamentum vt considerat Duaren. Eapropter cum cesset causa eiusmodi in emancipato, debet & cessare hæc institutio pro testamenti cautela facta. Quibus tamen rationibus minimè nego cium facientibus, contrarium Scæuola respondet dicens.*

19 *QVOD MAGIS PROBANDVM EST. vt sc. sponte adire possit hæreditatem, cùm per emancipationem fuerit sublata necessitas, quæ pendebat a suitate, quæ per emancipationem tollitur.*

NAM EMANCIPATIONE. idest propter emancipationem.

SVVS HERES FIERI NON POTVIT. licet igitur emancipatione subsequuta impediatur ne fiat suus, non tamen ab hæreditate excluditur, sed fit hæres voluntarius, propterea quod emancipatio suitatem tollit, sed
21 *ab hæreditate non excludit. Nec obstant quę obijciebantur, nam illud quod dicebatur de primo capite, non debet haberi in consideratione, cùm ab eo solummodo accipiat institutionis permissionem. Nec obstat quod dicebatur de secundo capite, necessarium sc. esse, vt hic nepos succedat in locum sui, primum quia secundum Salamonium, Taurellum, & alios, supponendum est, nepotem hunc successisse in locum patris, cùm post mortem patris fuerit emancipatus, & sic quando fuerat successione effectus suus. Cæterum quia hoc videtur esse contra generalitatem tex. propterea magis placet Perotti responsio asserentis, institutionem huius nepotis, cū ab initio valuerit ex sententia Iuliani quæ fuit recepta, nō infirmari per superuenientē emancipationem. quę ex communi interpretum sententia ad §. & quid si tantum. supra hac*

hac eadem lege nostra per §. serui autē. inst. de hæred. inst. tollit suitatem, sed irritam institutionem non facit. Nec est alicuius momenti vltima consideratio, quia, præterquam quòd adhuc testamentum non esset tutū, propterea quod filius emancipatus posset venire p. contra tabulas, quod tamen non puto esse habitum in consideratione in hac materia; respōdeo cum Duareno eum qui nepotem in hunc casum instituit, instituisse quidem potissimum eam ob causam ne rumperet testamentū, sed non propterea præsumendum esse, patrem vel auum aliàs non instituturum filiū vel nepotē: nam si voluisset filiū, vel nepotem omnino ab hæreditate excludere, eum nominatim exhæredasset, & sic conseruationi etiam testamenti
22 *prouidisset. nec mutatio qualitatis hæredis, qua contingit ex voluntate, & facto testatoris, vt in casu emancipationis, hæredis institutionem irritam facit, vt supra fusè tradidimus per l. si quis hæres. supra de inius. rupt. & irr. fact. testa. & per l. filio. §. vlt. supra eod. Hic admonitum velim lectorem candidum, si quid obiter scriptum reperiat in nostris ad principium huius legis commentarijs, quod nostræ huius eiusdem legis explanationi in aliquo aduersari videatur, vel ad mentē aliorum dictum esse intelligendū, vel nostra hac explanatione retractatum, qua, si lucem aliquam obscurissimo huic Scæuole responso, cui maiores etiam tenebras nonnulli offundunt interpretes, nos attulimus, Deo optimo Maximo honor & gloria: sin minus, nostræ non negligentiæ, sed partim ingenij imbecillitati, partim rei ipsius difficultati tribuatur.*
Deo gratias. FINIS.

Errata in Commentarijs l. Gallus. sic corrigito.

Pag. 3. nu. 31. ilminium debet legi liminium. pag. ead. nu. 35. artitulo. articulo, pag ead nu. eod generatio. ergo. pag. 6. nu. 51. Marcus Tulius Quintilianus, Marci Tuli Quintiliani. pag. ead num. 69. & sit eum, & sic cum. pag. 8. num. 74. alter vtiq; alter non vtiq; pag. ead. nu. 75. secundum, tantum pag. 9. nu 82. non, ratio pag. ead. nu. 83. hic. sui pag. ead. nu. 91. responsio, ratio pag. 12. nu. 100. termus, terminus pag. 12. nu. 122. agimos, agimus pag 13. nu 129. diffesa, differentia pag. ead. nu. 132. conceptus, conceptos pag. ead nu. eod. sunt, sunt pag. ead. nu. 136. praludi is. praludijs. pag. 14. nu. 137. agnatur, agnatus pag. ead. nu. 142. §. Luicus, §. Lucius pag. ead. nu 151. & posthumus, & posthumis pag. 15. nu. 156. posthumum intelligere. posthumum non intelligere pag ead. nu. 161. tex. & optimus. tex. est optimus pag. ead nu. 163. in capaces, incapaces pag. 16. nu. 167. consequentur, consequenter pag. 17. nu. 177. quasi sit sensust. quasi sit sensus pag. ead. 186. haredis inbitutio, haredis institutio pag. 20 nu. 218. alienosalieno pag 22. nu. 230. si dictas. si dicas pag. 23. nu. 244. at, hac pag ead nu nascabatur, nascebatur pag. ead nu. eod. nascabatur, nascebatur pag. 25. nu. 271. destinat, desinat pag. ead nu. 272. posthumus dici, posthumus natus dici pag. 28 nu. 301. conualesit, conualescit pag 29. nu. 317. a. 192. 16. pag. 35. nu. 370. non nsci, non nasci pag. 37. nu. 383. ad mententem, ad mentem pag. ead. nu. 385. eaden, eadem pag 40. nu 402. morient, moriente pag. 44. nu. 431. populi obseruatione, obseruatione pag. 45. nu. 439. fusse. fuisse pag. 46. nu. 442. neue, none pag. ead. nu. 443. in pracedendi, in pracedenti pag. ead nu. 441 sentia, sētētia pag. 48. nu. 455. nfra, infra pag. 49. nu. 489. declarat, declarata pag. 51. nu. 501. substineatar, sustineatur pag. ead. nu. eod. conditidne. conditione pag. 512. nu. 513 substitutio tutio substitutio pag. 53 nu. 515 accrescendi, acrescendi pag. ead. nu. 520. Constat ergo ex his propterea Aquiliana in hanc, deleatur pag. 54. nu. 136. restrigitur, restringitur pag. 60. nu. 588. tacica. tacita pag. ead nu. 590. misererum, miserorum pag. 63. nu. 614. valear, valeat pag. ead. 616. interpretemus, interpretemur pag. ead. nu. eod. conieit, coniect. pag. 64. nu. 620. abinicio, ab initio pag. 69. nu. 635. firmandum, infirmandum pag. ead. nu. eod pro. per pag. ead nu. 638. communis, communis pag. ead. nu. 639. iustitutus. substitutus pag. 68. nu. 646. nmepe, nempe pag. 73. nu 684. obstant. obstat pag. 75. nu 701. in sup. deleatur sup. pag. 79. nu. 720. terminis, terminus pag. ead. 721. hec, hac pag. ead nu. 729. Quod attinet. 730. Quòd attinet pag. 81. nu. 730. prepositio. proposito pag. 88. nu. 800. sentientes. sentientis.

Errata in explanatione sic corrigito.

Pag. 1. in tex. natana, nata pag. 7 nu. 18. conditonesconditiones pag. 7 nu. 23. tastatore. testatore pag. 8. in tex. potest, posse Pag. 8. in tex. Nam si. Num si pag. 10. nu. 3. eius vx. cuius vxor pag. 11. nu. 12. successione, successioni pag. 13. nu. 21. seentia, sententia pag. 14. in tex. tum deinde, tunc deinde pag. 16. nu. 14. institus, institutus pag. 17. in tex. aut, an pag. 21. nu. 5. immendatio, emendatio pag. 21 nu. 6. possum, possunt pag. 21. nu. 7. S. sz. pag. 21. nu. 7. possent, possunt pag. 26. nu. 6 tatmen, tamen pag. 27. nu. 8. restituatur, instituatur pag. 27. nu. 9. obseruari, obseruari pag. 29. nu. 17. neptis posthumus, neptes posthumas pag. 29 nu. 18. nequeunt, nequeunt pag. 30. in tex. institues, institutos pag. 31. nu. 13. ac casum, ad casum.

